DER BEGRIFF DER FORTGESETZTEN HANDLUNG IM ZIVILRECHT

- ZUGLEICH EIN BEITRAG ZUR LEHRE VON DER RECHTSWIDRIGKEIT -

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Peter Kilian
Regierungsrat in Berlin

1961

1963

Druck:

Ernst - Reuter - Gesellschaft
der Förderer und Freunde der Freien Universität e.V.

Dissertations - Druckstelle

Berlin-Dahlem, Garystr. 45, Tel.: 76 52 61, App. 668

DER BEGRIFF DER FORTGESETZTEN HANDLUNG IM ZIVILRECHT

- ZUGLEICH EIN BEITRAG ZUR LEHRE VON DER RECHTSWIDRIGKEIT -

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Peter Kilian
Regierungsrat in Berlin

1961

Erstgutachter: Prof. Dr. W.G. Becker
Zweitgutachter: Prof. Dr. Ernst Heinitz

Tag der mündlichen Prüfung: 12.Januar 1963

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Inhaltsverzeichnis Seite

Einleitung 1

Abschnitt A

1.Kapitel

Der Begriff der fortgesetzten Handlung im Strafrecht 3

I. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit 3
II. Fortgesetzte Handlung als Handlungseinheit 5
III. Voraussetzungen für das Vorliegen einer fortgesetzten Handlung 6

2.Kapitel

Die Auswirkungen der fortgesetzten Handlung im Strafrecht 11

Abschnitt B

3.Kapitel

Bedeutung und Auswirkung einer fortgesetzten Handlung im Zivilrecht 13

4.Kapitel

Zur Übernahme des strafrechtlichen Begriffs der fortgesetzten Handlung in das Zivilrecht 16

I. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit im Zivilrecht 16
II. Die fortgesetzte Handlung als rechtliche, nicht tatsächliche Handlungseinheit 17

5.Kapitel

Die Rechtsprechung zur Übernahme des Begriffs der fortgesetzten Handlung in das Zivilrecht 24

6.Kapitel

Das Schrifttum zur Übernahme des Begriffs der fortgesetzten Handlung in das Zivilrecht 28

Abschnitt C

7.Kapitel

Die fortgesetzte Handlung im Recht der unerlaubten Handlungen 32

I. Allgemeines 32
II. Die strafrechtlichen Voraussetzungen der fortgesetzten Handlung als Anknüpfungspunkte 33
a) Einheitlichkeit des Vorsatzes 33
b) Gleichheit des verletzten Rechtsguts 35
c) Gleichartigkeit der Begehungsakte 36

8. Kapitel

Schadensersatz und Strafe 37

9. Kapitel

Das Unrecht 39

I. Wesen des Unrechts oder der Rechtswidrigkeit 39

1) Widerspruch zum subjektiven Recht 40
2) Formelles und materielles Unrecht 41
3) Subjektive oder objektive Rechtswidrigkeit 44
4) Einheit von Kriminal- und Zivilunrecht, auch die Zivilrechtssätze enthalten Normen 46
5) Handlungs- und Zustandsunrecht - Bestimmungs- und Bewertungsfunktion der Normen 49
6) Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Handlungsunrechts 57
7) Wesen und Grenzen der Rechtswidrigkeit 58

II. Einheit des Unrechts auch unter Berücksichtigung der neuen Lehre vom personalen Unrecht 60

1) Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund 60
2) Bedeutung der neueren Auffassung über das verkehrsrichtige Verhalten 63

III. Die Rechtswidrigkeit im Zivilrecht 64

1) Handlungsunrecht - Mißbilligung eines Erfolges begründet nicht die Rechtswidrigkeit einer Handlung 64
2) Haftung ohne Verschulden ist keine Haftung für Unrecht im Sinne eines Handlungsunrechts 67
3) Eingriffsrecht und Duldungspflicht sind keine Kriterien des Unrechtsausschlusses, auch nicht bei den bekannten Rechtfertigungsgründen, wenn weitergehender Erfolg 79
4) Vergleichende Betrachtung der Staatshaftung für Impfschäden - keine Haftung für Handlungsunrecht 84

IV. 1) Zusammenfassung 85
2) Gegenüberstellung der Lehre von der sozialen Adäquanz 86

V. Einordnung des Rechtfertigungsgrundes des verkehrsrichtigen Verhaltens in das System 88

1) Die neue Auffassung über die Adäquanz 90
2) Bedeutung des Auffassungswandels und Kritik 92
3) Die Inadäquanz als Unrechtsausschließungsgrund 94
4) Entsprechende Behandlung des verkehrsrichtigen Verhaltens -gesteigerte Inadäquanz als Unrechtsausschließungsgrund 98
5) Abgrenzung der verkehrserforderlichen Sorgfalt als Rechtswidrigkeitselements gegen die Schuld 102

6) Ergebnis: Unvermeidbarkeit einer Schädigung schließt die Rechtswidrigkeit der Verletzung eines subjektiven Rechts aus. Verletzung des subjektiven Rechts und Handlungsunrecht sind nicht identisch 104

VI. Prüfung des Unrechtsbegriffs im Hinblick auf den negatorischen Schutz und die Notwehr 104

1) Der negatorische Rechtsschutz keine Unrechtsfolge 105
a) weder bei den Ausschließlichkeitsrechten 105
b) noch bei den sonst gesetzlich geschützten Rechtsgütern 107
aa) Allgemeines 109
bb) Das Persönlichkeitsrecht als subjektives Recht und Quellrecht der Unterlassungsansprüche 112
2) Notwehr keine Unrechtsfolge -auch bei verkehrsrichtigem Verhalten gegeben 116
3) Zusammenfassung: Negatorischer Rechtsschutz und Notwehr stehen dem neuen Unrechtsbegriff nicht entgegen - Unrechtsausschließung und Duldungsverpflichtung sind nicht identisch 123

VII. Das Unrecht ein Begriff des objektiven,nicht des subjektiven Rechts - Rechtswidrig ist,was verboten ist,nicht was der Rechtsinhaber verbieten kann 123

VIII. Delikt und Anspruchstatbestand 126

1) Das Wesen des zivilrechtlichen Delikts 126
2) Das Wesen des strafrechtlichen Delikts und der strafrechtliche Tatbestand 126
3) Grundsätzliche Gleichheit des straf- und zivilrechtlichen Delikts und Deliktstatbestandes 130
4) Entscheidender Unterschied zwischen Deliktstatbestand einerseits und Anspruchstatbestand andererseits 131

IX. Ergebnis: Unanwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung im zivilrechtlichen Deliktsrecht 134

10.Kapitel

Die fortgesetzte Handlung im Recht der Vertragsstrafe 138

11.Kapitel

Die fortgesetzte Handlung im Vereinsrecht 144

12.Kapitel

Zusammenfassung 150

Lebenslauf 152

Literaturverzeichnis

Alberti	Gefährdung durch überlegene Gewalt,1903
Allfeld	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Aufl.,1934
Auer	Der strafrechtliche Notstand und das BGB, 1903
von Bar	Gesetz und Schuld, 1906 - 1909
Baumann	Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung, MDR 1957,646
Baumann	Notstandsbestimmungen des BGB in ihren Beziehungen zum StGB, Dissertation München,1902
Baumbach	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 6. Aufl.
Baumbach - Lauterbach	Zivilprozeßordnung,24.Aufl.,1956
Baumgarten	Aufbau der Verbrechenslehre,1913
Becker,W.G.	Gegenopfer und Opferverwehrung,1958
Beling	Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege, 1913
Beling	Die Lehre vom Verbrechen,1906
Beling	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44,220
Bernhardt	Vollstreckungsgewalt und Amtsbetrieb, 1935
Bettermann	Anmerkung zum Beschluß des BGH GSZ 1/56, NJW 1957,986
Bienenfeld	Die Haftungen ohne Verschulden,1933
Bierling	Juristische Prinzipienlehre,1905
Binding	Die Normen und ihre Übertretung,1890, 1.Aufl.,1872
Binding	Handbuch des Strafrechts,Band I,1885
Bindokat	Mehrerlei Unrecht? , JZ 1958,553
Blomeyer	Allgemeines Schuldrecht,2.Aufl.,1957
Bockelmann	Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme,1949
Böhmer	Zum Entlastungsbeweis nach § 831 Abs.1 Satz 2 BGB, MDR 1958,745
Boennecke	Schließt das verkehrsrichtige Verhalten des Verkehrsteilnehmers die Rechtswid - rigkeit aus? , NJW 1960,1188
Böde	Zur Rechtswidrigkeit im Verkehrsrecht, DAR 1957,173

Bonner Kommentar	zum Grundgesetz
Coing	Das Grundrecht der Menschenwürde,der strafrechtliche Schutz der Menschlichkeit und das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts, SJZ 1947,642
Coing	Anmerkung zum Urteil des KG, SJZ 1950, Sp. 822
Dalcke	Strafrecht und Strafverfahren,36.Aufl., 1955
Dallinger	Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen,MDR 1953,722
Deetz	Haftungsgrund der unerlaubten Handlungen, Gruch.Beitr. 64,185
Doerr	Das fortgesetzte Delikt,Gerichtssaal, Beilage zu Band 71
Dohna,Graf zu	Der Aufbau der Verbrechenslehre,3. Aufl., 1947
Dohna,Graf zu	Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen,1905
Dunz	Das verkehrsrichtige Verhalten,NJW 1960, 507
Ebermayer-Lobe-Rosenberg	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8.Aufl.,1957
Eltzbacher	Die Unterlassungsklage,ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes,1906
Eltzbacher	Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Band I, 1903
Endemann	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,7./8. Aufl., 1900/ 1903
Engel	Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, 1896
Engisch	Die Einheit der Rechtsordnung,1935
Engisch	Der finale Handlungsbegriff, Probleme der Strafrechtserneuerung,Festschrift für Kohlrausch,1944
Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des Allgemeinen Teils des BGB, 14.Aufl.,1955 und 15.Aufl.,1959
Enneccerus-Lehmann	Lehrbuch des Schuldrechts des BGB, 15. Aufl.,1958
Enneccerus-Wolff-Raiser	Lehrbuch des Sachenrechts,10.Aufl.,1957
Erman	Handkommentar zum BGB,2.Aufl.,1958
Esser	Lehrbuch des Schuldrechts,2.Aufl.,1960
Esser	Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, JZ 1953,129
Ferneck,Hold von	Die Rechtswidrigkeit,Band I,1903
Finger	Lehrbuch des deutschen Strafrechts,1904

Finger	Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs,1897
Fischer,H.A.	Die Rechtswidrigkeit,1911
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts,6.Aufl., 1956
Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.Aufl.,1931
Freund	Die Entwicklung des Normbegriffs von Kant bis Windelband,Dissertation Berlin, 1933
Fuld	Die fortgesetzte Handlung in ihrer Bedeutung für das Gebiet der Individualrechte, GRUR 1905,213
Gallas	Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67,1
Geib	Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, 1909
Geyer	Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, 1880
Goldschmidt	Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, 1910
Goldschmidt	Der Notstand ein Schuldproblem,1913
Großmann	Prinzip der Selbstverteidigung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch,Dissertation Berlin,1903
Haase	Anmerkung zum Beschluß des BGH GSZ 1/56, NJW 1957,1315
Hälschner	Das gemeine deutsche Strafrecht,Band I, 1881
Hälschner	System des preußischen Strafrechts,1858
Hafferburg	Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht, NJW 1959,1398
Hamann	Das Grundgesetz,1956
Hartmann,Nicolai	Einführung in die Philosophie,3.Aufl., 1954
Hauß	Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs,1896
Hauß	Anmerkung zum Beschluß des BGH GSZ 1/56, LM zu § 831 BGB
Hegler	Die Merkmale des Verbrechens,ZStW 36,29
Heimerich	Der Mißbrauch von Tonbandaufnahmen, BB 1956,249
Heinitz	Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit,1926
Heinitz	Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit,Festschrift für Eb. Schmidt, S. 266
Hellwig-Oertmann	System des deutschen Zivilprozeßrechts,1919

Henkel	Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht,1932
Herlan	Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, MDR 1955,16
von Hippel	Das deutsche Strafrecht,1925
von Holtzendorff-Heinze	Handbuch des deutschen Strafrechts,1871
Honig	Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit,1925
Höpfner	Einheit und Mehrheit des Verbrechens, 1901 - 1908
Hubmann	Das Persönlichkeitsrecht,1953
Hueck	Probleme des Streikrechts,RdA 1956,201
Ihering	Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1879
Jellinek	System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl.,1905
Jescheck	Die Konkurrenz, ZStW 67,529
John	Beiträge zur Lehre von der Verbrechenskonkurrenz, Goltd.Arch. 3,620
Jung	Delikt und Schadensverursachung,1897
Kalsbach	Verbandsstrafrecht,1938
Kaufmann,A.	Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie,1954
Kaufmann,A.	Dogmatik der Unterlassungsdelikte,1959
Kaufmann,F.	Logik und Rechtswissenschaft,1922
Kelsen	Reine Rechtslehre,1934
Kern	Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64,255
Kirchberger	Die adäquate Ursache als Haftungsvoraussetzung, NJW 1952,1000
Kitzinger	Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, Gerichtssaal 55,1
Kleinfeller	Besprechung von Beling,Die Lehre vom Verbrechen, Kritische Vierteljahresschrift 47,98
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch,42.Aufl., 1959 und 43.Aufl., 1961
Koch	Zur fortgesetzten Fahrlässigkeitstat, NJW 1956,1267
Kommentar von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern,11.Aufl.	
Kramer	Das fortgesetzte Verbrechen,Dissertation Göttingen,1907
Kreft	Zum Verhältnis von Aufopferungsansprüchen und Amtshaftungsansprüchen, DÖV 1955,518
Kühlewein	Zur Lehre von der adäquaten Verursachung, NJW 1955,1591

Kuttner	Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile,1908
Landmann-Rohmer	Gewerbeordnung,11.Aufl.,1956
Lang-Hinrichsen	Zum Handlungsbegriff im Strafrecht,eine Besprechung der Schrift von Werner Maihofer "Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem",Tübingen,1953, JR 1954,88
Larenz	Anmerkung zum Urteil des BGH,NJW 1958,827
Larenz	Anmerkung zum Urteil des LG Frankenthal, NJW 1955,263
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts,3.Aufl.,1959
Larenz	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht der unerlaubten Handlung, NJW 1955, 521
Larenz	Tatzurechnung und Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, NJW 1955,1009
Lau	Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff BGB, Gruch.Beitr. 47,497
Lehmann	Allgemeiner Teil des BGB, 11.Aufl.,1958 und 12.Aufl.,1960
Lehmann	Begrenzung der Rechtswidrigkeit,Fest - schrift für Hedemann,1958,177
Lent	Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß,1912
Lent	Zivilprozeßrecht,4.Aufl.,1952
Lent	Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 4.Aufl.,1953
Leonhard	Das Schuldrecht des BGB, Band I,1929, Band II,1931
Leonhard	Die Kausalität als Erklärung durch Ergänzung,1946
von Liszt	Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuches,1898
von Liszt	Lehrbuch des deutschen Strafrechts,23. Aufl.,1926, sowie die von Eb. Schmidt bearbeitete 26.Aufl.,1932/1933
Lucas	Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, Band II, 1904
Maihofer	Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953
Marton	Verschuldensprinzip,Verursachungsprinzip, 1926
Mattern-Raisch	Atomgesetz,1961
Maurach	Deutsches Strafrecht,Allgemeiner Teil, 2.Aufl.,1958
May	Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund, NJW 1958,1262

Mayer,H.	Strafrecht,Allgemeiner Teil,1953
Mayer,M.E.	Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts,1.Aufl.,1913, 2.Aufl.,1923
Meisner-Ring	Das in Bayern geltende Nachbarrecht, 4.Aufl.,1952
Meisner-Stern-Hodes	Nachbarrecht,3.Aufl.,1956
Menger	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht,Verw.Arch. 48,358
Merkel,A.	Lehrbuch des deutschen Strafrechts,1889
Merkel,A.	Kriminalistische Abhandlungen,1867
Merkel,R.	Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895
Meumann	Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts,1903
Meyer-Cording	Die Vereinsstrafe,1957
Mezger	Strafrecht,Lehrbuch,3.Aufl.,1949
Mezger	Kurzlehrbuch des Strafrechts,Allgemeiner Teil,ein Studienbuch,8. Aufl.,1958
Mezger	Der Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht, JW 1938,3265
Mezger	Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953,2
Mezger	Die subjektiven Unrechtselemente, Gerichtssaal 89,207
Molitor	Schuldrecht,1.und 2.Aufl.,1949
Müller	Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs,4.Aufl.,1904
Nagler	Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit,1911
Nastelski	Besprechung der 19.Aufl. von Palandt,BGB, NJW 1960,1709
Neubecker	Haftung für Wort und Werk,Festgabe für Gierke,Band III,306
Neubecker	Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung,1910
Neumann-Nipperdey-Scheuner	Die Grundrechte,1954
Neumann-Duesberg	Anmerkung zum Urteil des BGH,NJW 1957,1277
Neumann-Duesberg	Anmerkung zum Urteil des OLG Nürnberg, MDR 1956,165
Neumann-Duesberg	Ehrenrecht und Presserecht,NJW 1960,749
Neumann-Duesberg	Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB, NJW 1957,1341
Neumann-Duesberg	Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, NJW 1955,696

Reinicke	Fortgesetztes Delikt und Verbrauch der Strafklage, NJW 1953,1004
Richter	Schuld im Zivilrecht, NJW 1958,1171
Rittler	Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil,2.Aufl.,1954
Roeren-Bachan	Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs,1900
Rosenberg	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts,8.Aufl., 1960
Rosenthal	Die Unterlassungsklage,1916
Rosenthal	Die Anspruchsverjährung bei der fortgesetzten Handlung, LZ 1918,676
Roth-Stielow	Kritisches zur fortgesetzten Handlung, NJW 1955,450
Rümelin	Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Zivilrecht, AcP 90,171
Rümelin	Gründe der Schadenszurechnung,1896
Salinger	Die Unterlassungsklage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Gruch. Beitr. 64,263
Salinger	Die fortgesetzte unerlaubte Handlung im bürgerlichen Recht, LZ 1919,126,174
Sauer	Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Staatsphilosophie,1926
Schack	Zum Aufopferungsanspruch im Nachbarrecht, JR 1958,207
Schack	Aufopferungsentschädigung bei Körper- (insbes. Impf-) Schäden? MDR 1951,263
Schack	Anmerkung zum Urteil des BGH, JZ 1957,553
Scheuner	Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht, DÖV 1955,545
Schey	Über Rechtsverwandlungen,Grünh.Z. 7,746
Schirmeyer	Wesen und Voraussetzungen des fortgesetzten Verbrechens,1941, Strafrechtliche Abhandlungen,Heft 425
Schmid	Die Gesetze zum Schutze des gewerblichen Eigentums,1897
Schmidt	Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht,NJW 1958,488
Schmidt	Der rechtswidrige Angriff bei der Notwehr, NJW 1960,1706
Schmidt,K.	Unteilbarkeit der Rechtsordnung,DRZ 1947, 205
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch,9.Aufl.,1959,10.Aufl.,1961
Schubath	Die Konstruktion des fortgesetzten Verbrechens und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, JR 1951,341

Schulz,F.	System der Rechte aus dem Eingriffserwerb, AcP 105,427
Schuppe	Der Begriff des subjektiven Rechts,1887
Schwarz	Strafgesetzbuch,15.Aufl.,1952
Seligsohn	Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, 3.Aufl.,1925
Seuffert-Walsmann	Kommentar zur ZPO,12.Aufl.,1932/1933
Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch,Kommentar,8.Aufl., 1952/1953
Staudinger	Kommentar zum BGB,Recht der Schuldverhältnisse,9.Aufl.,1929/1930, Sachenrecht,11. Aufl.,1956, Allgemeiner Teil,11.Aufl.,1957
Stein-Jonas-Schönke	Kommentar zur ZPO,18.Aufl.,1956
von Stemann	Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen, Gerichtssaal 24,23
Stenglein	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich,2.Aufl.,1889
Stier-Somlo-Elster	Handbuch der Rechtswissenschaften,4.Band, 1927
Stoll	Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958,137
Stoll-Felgenträger	Vertrag und Unrecht,3.Aufl.,1943
Tammelo	Untersuchungen zum Wesen der Rechtsnorm, 1947
von Thon	Rechtsnorm und subjektives Recht,1878
Titze	Die Notstandsrechte im deutschen BGB und ihre geschichtliche Entwicklung,1897
Traeger	Der kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht,1929
von Tuhr	Der Notstand im Civilrecht,1888
von Tuhr	Der Allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts,1910 - 1918
von Weber	Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen 1919 und 1925
Weitnauer	Besprechung von Lattern-Raisch,Atomgesetz, 1961, NJW 1961,964
Weitnauer	Ehrenrecht und Presserecht, NJW 1960,1142
Welzel	Das deutsche Strafrecht,6.Aufl.,1958
Welzel	Das neue Bild des Strafrechtssystems,3.Aufl., 1957
Welzel	Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58,491
Wieacker	Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im bürgerlichen Recht, JZ 1957,535

Wiethölter	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, 1960
Wolff	Verwaltungsrecht I , 1957
Wolff,K.	Verbotenes Verhalten,1923
Wussow	Zur Lehre von der Sozialadäquanz in NJW 1958,891
Zeidler	Über die Technisierung der Verwaltung, 1959
Zeuner	Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht in JZ 1961,41
Zimmermann	Unteilbares oder tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein? in NJW 1954,908
Zippelius	Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht? in NJW 1957,1707
Zitelmann	Internationales Privatrecht,1897 - 1912
Zitelmann	Ausschluß der Widerrechtlichkeit in AcP 99,1

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für zivilistische Praxis (Band,Seite)
BAG	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band,Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr,Seite)
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Band,Seite)
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band,Seite)
BSG	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts (Band,Seite)
DAR	Deutsches Autorecht (Jahr,Seite)
DJ	Deutsche Justiz (Jahr,Seite)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr,Seite)
DRZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr,Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr,Seite)
Gerichtssaal	Der Gerichtssaal (Band,Seite)
Goltd.Arch.	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (Band,Seite)
Gruch.Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts,begründet von Gruchot (Band,Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr,Seite)
Grünh.Z.	Zeitschrift von Grünhut (Band,Seite)
GS	Großer Senat
HESt	Höchstrichterliche Entscheidungen,Sammlungen von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen (Band,Seite)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
JR	Juristische Rundschau (Jahr,Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr,Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr,Seite)
KG	Kammergericht
LK	Leipziger Kommentar,Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Strafgesetzbuch,8.Aufl. 1957/1958
LM	Lindenmaier-Möhring,Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift (Jahr,Seite)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
Mot	Motive zum BGB
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Jahr,Seite)

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr,Seite)
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band,Seite)
RAG	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts (Band,Seite)
RdA	Recht der Arbeit (Jahr,Seite)
Recht	Das Recht (Zeitschrift - Jahr,Seite)
RGRKomm.	Kommentar zum Strafgesetzbuch,herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10. und 11.Aufl.
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Band,Seite)
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band,Seite)
SchlHA SchlHolst.Anz.	) Schleswig-Holsteinischer Anzeiger (Jahr,) Seite)
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv (Band,Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr,Seite)
Verw.Arch.	Verwaltungsarchiv (Band,Seite)
Warn.	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen (Band,Seite)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Band,Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Band und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswis - senschaft (Band,Seite)

Einleitung

Seitdem man dazu übergegangen ist,die Teilgebiete des Rechts als selbständige Disziplinen aufzufassen,ist es der Verschiedenartigkeit ihrer Funktionen entsprechend auch zur Ausbildung einer eigenen juristischen Begriffsbildung gekommen.So kann man heute nicht ohne weiteres davon ausgehen,daß ein bestimmter Begriff des einen Rechtsgebiets mit allen sich daraus ergebenden Folgen auch in anderen Rechtsgebieten Verwendung finden kann.Die meisten Begriffe sind nichts anderes als gedankliche Hilfsmittel,die die Anwendung des Rechts seinem Sinn und Zweck entsprechend erleichtern sollen.Aber eben.weil die Zwecksetzung der einzelnen Rechtsgebiete eine verschiedene ist,sind auch die Mittel,mit denen der Gesetzeszweck erreicht werden soll, notwendig verschieden.Das zeigt sich,um nur ein Beispiel anzuführen,in der Frage der in den einzelnen Rechtsgebieten anzuwendenden Kausalitätsnorm; die Kausalitätstheorie, die im Strafrecht angewendet wird,ist eine andere als im Zivilrecht,im Zivilrecht gilt wiederum eine andere Kausalitätstheorie als im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung,der Reichsversicherungsordnung oder im Recht der beamtenrechtlichen Unfallfürsorge oder im Recht der Kriegsopferversorgung.

Andererseits gibt es Begriffe,die uneingeschränkt in anderen Rechtsgebieten Anwendung finden,sei es kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung,wie zum Beispiel der Begriff der Verwandtschaft (Art.33 EGBGB),sei es wegen der Ähnlichkeit der Tatbestände und der vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke.So werden die strafrechtlichen Begriffe der unmittelbaren und mittelbaren Täterschaft,der Teilnahme, der Rechtswidrigkeit,des Vorsatzes,die einen bestimmten Begriffsinhalt haben,mit allen sich daraus ergebenden Folgen auch in anderen Rechtsgebieten verwendet,soweit die Umstände des Einzelfalles dies zulassen.Besonders tritt das im Recht der unerlaubten Handlungen des BGB in Erscheinung.Unter den zivilrechtlichen Tatbeständen zeigen die der unerlaubten Handlungen die größte Ähnlichkeit mit den Tatbeständen des Strafrechts,daher erscheint es naheliegend,hier an strafrechtliche Grundsätze und Begriffe am ehesten anzuknüpfen.

Auf dem Gebiet des Strafrechts haben Lehre und Rechtsprechung [1] einen Begriff entwickelt,der heute allgemein anerkannt und aus der Praxis der strafrechtlichen Beurteilung nicht mehr hinwegzudenken ist: den Begriff der fortgesetzten Handlung oder des fortgesetzten Verbrechens. Mit der Anerkennung dieses Instituts ist einem Bedürfnis und einer Forderung der Zweckmäßigkeit und Billigkeit entsprochen worden, eine Vielzahl gleicher oder ähnlicher strafbarer Handlungen, die in einem bestimmten inneren und äußeren Zusammenhang stehen, als eine einzige Handlung mit der Folge einer einzigen Strafe anzusehen.

Der Begriff der fortgesetzten Handlung hat über das Strafrecht hinaus auch auf anderen Teilgebieten des Rechts, wie dem Recht der Ordnungswidrigkeiten,dem Polizeirecht und überhaupt überall dort eine große Bedeutung erlangt, wo strafähnliche Rechtsfolgen an rechtswidrige Handlungen geknüpft sind. Auch im Zivilprozeßrecht wird der Begriff der fortgesetzten Handlung verwendet. [2] Sogar im Zivilrecht haben sich Lehre und Rechtsprechung der magnetischen Anziehungskraft dieses nicht ganz ungefährlichen Begriffs nicht immer entziehen können. [3] Die Frage der Anwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung im Zivilrecht ist im Schrifttum sehr selten behandelt worden. Die Rechtsprechung, die sich verschiedentlich mit dieser Frage befaßt hat,bietet kein einheitliches Bild. [4] Vielfach hat man sich darauf beschränkt,vom äußeren Begriff ausgehend,seine Anwendbarkeit im Zivilrecht schlechthin zu bejahen oder zu verneinen.

---

1) Zum Beispiel: RGSt 9,346,426; 10,53; 15,26; 17,111; 22, 235; 44,392; 51,4,308; 53,44; 55,135; 57,81,120; 66,239; 67,188; 70,51; 71,188,287; 72,213; 75,207; 70,244; BGHSt 1, 315; 2,167; 4,219; NJW 1953,1112; 1954,483. Ferner: Doerr, Das fortgesetzte Delikt,Gerichtssaal,Band 71,Beilage; Kramer,Das fortgesetzte Verbrechen,1907; Krug,Vom fortgesetzten Delikt,1857; Höpfner,Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1901,1908; Schirmeyer,Wesen und Voraussetzungen des fortgesetzten Verbrechens,Strafrechtliche Abhandlungen 425; Honig, Studien zur natürlichen und juristischen Handlungseinheit, 1925; Mezger,Der Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht JW 1938,3265; Schubath JR 1951,341.Das Schrifttum ist unübersehbar,vgl. auch die Schrifttumsangaben bei Allfeld,Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,1934 S.234 Anm.7. 2) KG GRUR 1929,1422; OLG Karlsruhe NJW 1956,1077; OLG Köln MDR 1956, 493; Baumbach,ZPO, Erläuterungen zu § 890; Stein - Jonas -

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein zu untersuchen,ob ein Bedürfnis für die Anwendung des Begriffs der fortgesetzten Handlung auch im Zivilrecht besteht und ob dieser Begriff nach der Gestaltung dieses Rechtsgebiets übernommen werden kann.Dabei wird es sich als notwendig erweisen, sich näher mit der Lehre von der Rechtswidrigkeit zu beschäftigen, in der sich nicht zuletzt durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein entscheidender Wandel anzubahnen beginnt. [5] Denn nur über die Erkenntnis der wirklichen Natur des Unrechts und seiner Rechtsfolgen wird sich die Frage nach der Gemeinsamkeit eines strafrechtlichen Begriffs für Straf- und Zivilrecht befriedigend beantworten lassen.

Den Ausgangspunkt soll das Strafrecht bilden,weil der Begriff der fortgesetzten Handlung dort entwickelt worden ist.

Abschnitt A

1. Kapitel

Der Begriff der fortgesetzten Handlung im Strafrecht

Das der strafrechtlichen Beurteilung unterliegende Verhalten eines Menschen kann ein einfaches oder mehrfaches sein,je nachdem,ob der Täter durch eine einzige Handlung oder durch mehrere selbständige Handlungen einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllt hat. Die Frage,ob das Verhalten eine Handlungseinheit oder eine Handlungsmehrheit,genauer - mehrzahl [6], bildet,ist von großer Bedeutung, weil das Begehen mehrerer Delikte durch mehrere selbständige Handlungen auch die Verwirkung mehrerer Strafen zur

---

Schönke,ZPO,Erläuterungen III 2 zu § 890. 3) zum Beispiel Doerr a.a.O. S. 77 ff; Fuld GRUR 1905,213 und andere. 4) RGZ 60,364; 72,43; 134,335; BGH LM zu § 339; NJW 1954, 1033; 1960,2332; GRUR 1957,597 f. 5) BGHZ 24,21. 6) Genauer müßte es eigentlich Handlungsmehrzahl heißen; denn worauf W.G.Becker,Gegenopfer und Opferverwehrung,1958 S.202 unter Bezugnahme auf E.Rosenstock-Huessy,Der unbezahlbare Mensch,1955 hinweist,muß rechtstheoretisch unterschieden werden zwischen dem menschlichen Handeln im Plural,das ist Mehrzahl von Handlungen,und menschlichem Handeln in dem Kollektiv,das ist Mehrheit von Handlungen im Sinne von Menge.

Folge hat,allerdings unter Bildung einer Gesamtstrafe nach § 74 StGB.Dagegen hat die Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestandes durch Handlungseinheit oder die Erfüllung mehrerer strafrechtlicher Tatbestände durch Handlungseinheit nur e i n e Strafe zur Folge; im letzteren Falle kommt nach der im § 73 StGB getroffenen Konkurrenzregelung nur dasjenige Strafgesetz zur Anwendung, das die schwerste Strafe androht.

Es ist oft schwierig zu entscheiden,ob ein strafbares Verhalten eine Handlungseinheit oder eine Handlungsmehrheit bildet,vor allem dann,wenn das Verhalten nicht in einer einmaligen Willensbetätigung besteht. Eine einheitliche Handlung liegt vor,wenn sich das Tun und Lassen des Täters, soweit es den Tatbestand eines Delikts erfüllt,im Sinne der natürlichen Betrachtung als Handlungseinheit darstellt. [7] Etwaige mehrere Akte müssen objektiv im Zusammenhang stehen und aus einem Willen hervorgehen. [8] So bilden mehrere Schläge nur e i n e Körperverletzung und das Ausräumen eines Ladens durch mehrere Wegnahmeakte ist e i n Diebstahl,wenn die einzelnen Tätigkeitsakte bei natürlicher Betrachtung zusammengehören.

Diese Auffassung ist deswegen gerechtfertigt,weil die Handlung nicht ein rein physisches Geschehen ist, sondern die Betätigung des menschlichen Willens. [9] Für die Frage, ob Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit vorliegt, kann es daher nicht auf die Zahl der raum - zeitlichen Körperbewegungen ankommen.Eine einzige Körperbewegung kann auch einmal e i n e Handlung bilden, die meisten Handlungen bauen sich aber auf einem Gefüge von Körperbewegungen auf. Ob sich ein menschliches Verhalten,bezogen auf einen bestimmten Erfolg, als eine Einheit darstellt, hängt von der natürlichen Betrachtungsweise ab. Den Begriff der natürlichen Handlungseinheit hat die Rechtsprechung [10] allmählich in erweiternder Auslegung des Begriffs "eine und dieselbe Handlung" im Sinne des § 73 StGB entwickelt. Danach ist die natürliche Handlungseinheit durch einen solchen unmittelbaren Zusammenhang zwischen mehreren menschlichen

---

7) RGSt 59,318; 44,31; Frank,StGB,18.Aufl. § 74 Anm. 1.
8) RGSt 32,139. 9) Das ist unstreitig,wenn auch der Handlungsbegriff im übrigen umstritten ist,vgl. unten S.19. 10)

Verhaltensweisen gekennzeichnet,daß sich das gesamte Tätigwerden objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches,zusammengehöriges Tun bei natürlicher Betrachtungsweise erkennbar macht. [11]

II. Handlungseinheit ist auch die fortgesetzte Handlung. Sie besteht in der Fortsetzung einer schon früher begonnenen Handlung.Der Täter begeht hier eine Reihe von Handlungen im natürlichen Sinne,die an sich jeweils den vollen Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen,also insoweit unverkennbar eine Mehrheit von Delikten bilden.Aber alle diese Einzeltaten stehen in einem so weitgehenden äußeren und inneren Zusammenhang miteinander,daß sie schlechterdings nicht voneinander getrennt werden können,daß ihnen im Sinne einer natürlichen Betrachtungsweise die Selbständigkeit fehlt,an die das Gesetz im § 74 StGB das Vorliegen einer Handlungsmehrheit knüpft. [12]

Der Begriff der fortgesetzten Handlung ist an keiner Stelle des Strafgesetzbuchs ausdrücklich genannt.Frühere Strafgesetzbücher enthielten zum Teil ausdrückliche Bestimmungen darüber,zum Beispiel das Bayerische Strafgesetzbuch von 1813 in Art. 110 und das von 1861 in den Art. 95 und 296. Trotz des Schweigens des Gesetzgebers ist anzunehmen,daß die fortgesetzte Handlung nicht nur nicht ausgeschlossen,sondern vielmehr mittelbar dadurch anerkannt wird,daß für die Annahme einer Handlungsmehrheit im Sinne des § 74 StGB das Vorliegen mehrerer selbständiger Handlungen gefordert wird. [13] Die Annahme einer aus mehreren Handlungen bestehenden einheitlichen fortgesetzten Handlung besteht gerade in der Erkenntnis, daß die einen strafrechtlichen Tatbestand voll erfüllenden Teilakte keine selbständigen Handlungen sind. [14] Die fortgesetzte Handlung ist ein gewohnheitsrechtliches Gebilde, [15] das die Lehre und die Rechtsprechung aus den Begriffen

---

RGSt 21,64; 34,136; 66,4; 76,143; BGHSt 4,219; BGH NJW 1953,1357. 11) BGH NJW 1953,1357. 12) Mezger StuB I S.255. 13) so zum Beispiel Allfeld,Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,1934 S. 234 Anm.7. 14) Mezger a.a.O. S. 255. 15) Frank,StGB,Erläuterungen V 2 c zu § 74.

"eine und dieselbe Handlung" im Sinne des § 73 StGB und "mehrere selbständige Handlungen" im Sinne des § 74 StGB entwickelt haben.Seine Schaffung war ein Gebot der Billigkeit und der Zweckmäßigkeit. [16] Es erschien nicht gerechtfertigt,jemanden,der eine Wohnung auszuplündern beschlossen hatte und das an vier aufeinanderfolgenden Tagen tat,weil er die Beute nicht auf einmal wegschaffen konnte,anders zu bestrafen als jemanden,der denselben Entschluß gefaßt hatte, ihn aber an einem Tage auf einmal durchführte,weil er ein Fahrzeug bei sich hatte.Darüber hinaus erschien es mitunter, besonders bei Vermögensdelikten,nicht vertretbar,alle Einzelfälle zu ermitteln,für sie Einzelstrafen festzusetzen,um dann eine Gesamtstrafe zu bilden,die doch nur in der Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe bestehen konnte.Gerade hier bringt die fortgesetzte Handlung eine große Erleichterung.

III. Wenn auch die Frage nach den Voraussetzungen der fortgesetzten Handlung nicht einheitlich beurteilt wird,so besteht heute jedoch Einmütigkeit über ihren Wesensumfang. Die fortgesetzte Handlung ist ein Verhalten,das so geartet ist,daß die mehrfachen einen strafrechtlichen Tatbestand voll erfüllenden Tätigkeiten als unselbständige Teilakte eines einzigen Verbrechens erscheinen, [17] oder,wie es Schirmeyer [18] ausdrückt,ein "zeitlich auseinanderfallendes strafrechtlich relevantes,mehrfaches Handeln desselben Täters,welches objektiv und subjektiv stets denselben Tat - bestand erfüllt und trotz zeitlichen Getrenntseins der

16) Honig a.a.O. S.62 und andere; vgl.auch RGSt 46,19 ff.
17) Aus dem umfangreichen Schrifttum zum Beispiel: Allfeld a.a.O. S.234; Schönke-Schröder Vorbemerkungen III vor § 73; Schirmeyer a.a.O. S.1 ff; Mezger,StuB I S.255; Schubath JR 1951 S.341; Kohlrausch-Lange,StGB,Vorbemerkungen II B vor § 73; Honig a.a.O. S. 61 ff; ferner zum Beispiel: RGSt 9, 346,426; 10,53; 10,204; 15,26; 17,111; 22,235; 44,392; 51,308; 70,51; 75,207; BGHSt 1,315; 2,167; 8,335; NJW 1953,1112. In RGSt 70,244 sagte das Reichsgericht,in allen diesen Fällen würde es "als eine lästige,überflüssige und wunderlich anmutende Arbeit erscheinen,wenn in dem Urteil zunächst für jede dieser Straftaten eine besondere Strafe festgesetzt und aus diesen vielen Strafen dann gemäß § 74 StGB eine Gesamtstrafe gebildet werden müßte." Hier liege bei natürlicher Betrachtungsweise keine Mehrheit von Taten, sondern hier lägen mehrere unselbständige Einzelakte einer einzigen Tat vor.

Akte in einem gewissen zeitlichen Zusammenhang steht,der es gerechtfertigt erscheinen läßt,diesen ganzen Komplex als Einheit zu betrachten." Keine Übereinstimmung besteht in der Frage,unter welchen Voraussetzungen ein für einen Beobachter mehrfaches Tätigwerden,das mehrfach denselben Deliktstatbestand erfüllt,als eine Einheit angesehen werden kann.Die einzelnen Handlungen des fortgesetzten Delikts liegen meist zeitlich und örtlich voneinander getrennt,so daß man im allgemeinen von einer Handlungseinheit im natürlichen Sinne nicht sprechen kann. [19] Es müssen demnach bestimmte Zusammenhangsmerkmale gegeben sein,die geeignet sind,den einzelnen Handlungen ihre Selbständigkeit zu nehmen,so daß sie erst in ihrer Gesamtheit als Sinneinheit und damit als Handlungseinheit erscheinen.Diese Zusammenhangsmerkmale liegen nach der einen Auffassung ausschließlich auf der objektiven Tatbestandsseite, [20] nach der anderen,vor allem von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung.sowohl auf der objektiven als auch auf der subjektiven Tatbestands - seite.[21] Die objektiven Voraussetzungen einer fortgesetz-

---

19) Schubath a.a.O. S.342; Mezger StuB I S.255; Kohlrausch-Lange,Vorbemerkungen II B vor § 73; Dalcke-Schäfer,Anmerkungen 2 c zu § 74; Frank,Erläuterungen V 2 c zu § 74; Honig a.a.O. S.61 f; RGSt 17,227; 23,305; 34,5; 48,208; Anderer Meinung Doerr,Gerichtssaal Band 71,Beilage; Nagler-Jagusch in Leipziger Kommentar Vorbemerkungen II 3 B vor § 73;offenbar auch Reinicke NJW 1953,1004. 20) zum Beispiel: zu Dohna,Der Aufbau der Verbrechenslehre,3.Aufl.1947 S.66; Frank V 2 zu § 74; von Hippel,Deutsches Strafrecht II S. 542; Mezger,Strafrecht,Lehrbuch,3.Aufl. 1949 S.466(anders Mezger StuB I S.261);Honig a.a.O.S.137; M.E.Mayer,Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts,1915 S. 170; Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrecht,Band I Allgemeiner Teil 2.Aufl. 1954 S.347; von Liszt-Schmidt,Lehrbuch des deutschen Strafrechts,Band I Allgemeiner Teil,26.Aufl. 1932 S.352; Allfeld a.a.O. S.234 und die dort Anm.8 angegebene ältere Literatur. 21) Mezger StuB I S.261; Schönke-Schröder,Vorbemerkungen III vor § 73; Kohlrausch-Lange,Vorbemerkungen II B vor § 73; Dalcke-Schäfer,Anmerkung 2 c zu § 74; Maurach,Deutsches Strafrecht,1954 S.601; Schubath a.a.O. S. 343; Olshausen,Kommentar zum StGB,11.Aufl. § 73 Note 8; H.Mayer,Strafrecht,Allgemeiner Teil,1953 S.409; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht,Band I,1881 S.545; Honig a.a.O.S.62 ff; Doerr a.a.O. S.112; Jagusch in Leipziger Kommentar Vorbemerkungen B III 2 vor § 73; Roth-Stielow NJW 1955,451; RGSt 15,23; 17,103; 22,235; 23,300; 26,178; 30,163; 39,220; 41,98; 44,227; 44,392; 45,70; 46,16; 51,308; 58,183; 59,290; 61,200; 66,47; 66,239; 70,51; 71,232;72,42; 73,230; 75,207; 76,70. Ferner: BGHSt 1,315; 2,167; 8,335;

ten Handlung,über die im wesentlichen Einmütigkeit besteht, sind Verletzung desselben Rechtsguts [22] und Gleichartigkeit sowie Kontinuierlichkeit der einzelnen Handlungen. [23]

Dasselbe Rechtsgut ist verletzt,wenn der Täter mehrfach Fahrräder stiehlt,mehrere Betrugshandlungen begeht oder mehrfach dieselbe Person beleidigt.Unter Rechtsgut ist ein Gut des objektiven Rechts,der Allgemeinheit,nicht das subjektive Recht oder das Gut des einzelnen zu verstehen. [24] Das Rechtsgut ist das,worauf sich der Schutzzweck der Norm richtet,das ist beim Diebstahl das Eigentum,beim Betrug das Vermögen.Schutz- oder Angriffsobjekt [25] ist also nicht das Eigentum des X an der Sache y,sondern das Eigentum als Sachgut der Allgemeinheit.Daher wird eine fortgesetzte Handlung nicht dadurch ausgeschlossen,dass die verletzten Rechte verschiedenen Personen zustanden. [26] Eine Ausnahme wird lediglich bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen gemacht,wie des Lebens,des Körpers,der Freiheit,der Ehre,der geschlechtlichen Unversehrtheit.[27] Das Rechtsgefühl würde sich dagegen sträuben, diese Rechtsgüter als ein von der Person des einzelnen losgelöstes Etwas zu betrachten.Auch mögen praktische Erwägungen maßgebend gewesen sein; es sollte bei derartigen

---

NJW 1953,1112; OLG Hamm NJW 1953,1724; OLG Bamberg NJW 1948, 390; OLG Frankfurt NJW 1948,393; OLG Nürnberg MDR 1950,177; OLG Köln NJW 1953,676; KG JR 1950,405; OLG Celle JR 1958, 388; OGHSt 1,347; 22) Kohlrausch-Lange,Vorbemerkungen II B 1 a vor § 73; Dalcke-Schäfer,Anmerkung 2 c zu § 74; Schwarz, Vorbemerkungen 3 A vor § 73; Mezger StuB I S. 260 f; Schönke-Schröder,Vorbemerkungen III 1 a vor § 73; Allfeld a.a.O. S. 234; Jagusch in Leipziger Kommentar,Vorbemerkungen B III 2 bb vor § 73; RGSt 27,19; 43,134; 44,232; 49,67; 51,7; 53,274; 57,140; 59,98; 64,279; 66,222; 68,13; 70,243; 72,174; 77,191. BGH NJW 1954,1209. Vgl. auch die in Anm.20 angegebene Literatur. 23) Kohlrausch-Lange a.a.O.; Dalcke-Schäfer a.a.O.; Mezger a.a.O.;Schwarz a.a.O.; Schönke-Schröder a.a.O.; Allfeld a.a.O. S.235; RGSt 17,103; 39,220; 44,227; 49,202; 51, 308; 55,129; 56,323; 57,140; 58,228; 61,199; 67,64; 70,385; 71,19. BGHSt 1,380; 2,233; vgl.auch die in Anm. 20 angegebene Literatur. 24) Schönke-Schröder,Vorbemerkungen I 2 zum Allgemeinen Teil. 25) Das Schutz-oder Angriffsobjekt ist mit dem Rechtsgut identisch,Schönke-Schröder a.a.O.; Mezger StuB I S. 106. 26) zum Beispiel RGSt 70,244; HRR 1942 Nr.674; BGH Urteil vom 29.7.1954 3 StR 265/54 MDR 1955, 16; RGSt 44,223; 53,274; 57,352,wo ausdrücklich nur bei höchstpersönlichen Rechten Personenidentität verlangt wird. 27) RGSt 44,232; 49,67; 53,274; 57,140; 57,163; 59,98; 64, 279; 66,222; 68,13; 70,243; 73,18,166; 72,174,257.

Delikten eine Abschwächung des Strafschutzes verhindert werden.

Gleichartigkeit und Kontinuierlichkeit der Einzelakte sind gegeben,wenn der Täter denselben Grundtatbestand verwirklicht, [28] wenn er gegen dasselbe strafrechtliche Ge- oder Verbot verstößt, [29] auch wenn dieses sich in verschiedenen Strafgesetzen befindet.Gleichartigkeit der Begehungsakte liegt danach vor,wenn der Täter wochenlang mit derselben Frau Ehebruch treibt, [30] wenn er eine Reihe von Diebstahlshandlungen begeht,die zum Teil als leichter,zum Teil als schwerer Diebstahl zu qualifizieren sind. [31] Dagegen wird derselbe strafrechtliche Grundtatbestand nicht erfüllt,wenn der Täter Unterschlagung und dann Diebstahl begeht. [32] Beiden strafrechtlichen Tatbeständen liegt eine verschiedene Verbotsnorm zugrunde,die Begehungsform beider Delikte ist eine verschiedenartige.Im übrigen muß der Tathergang in etwa gleichartig sein,so daß ein Fortsetzungszusammenhang zwischen Zechprellerei und Darlehnsbetrug nicht möglich ist. [33] Auch muß der Tathergang in einem gewissen zeitlichen [34] und auch räumlichen [35] Zusammenhang stehen.

Keine Übereinstimmung besteht in der Frage,ob als weiteres Zusammenhangsmerkmal Einheitlichkeit des Vorsatzes zu fordern ist. [36] In Übereinstimmung mit der überwiegend,besonders von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung [37] wird man auf dieses Erfordernis nicht verzichten können. Wie jede Handlung erst durch die Betätigung des Willens zu einer Handlung und damit zu einer Sinneinheit wird,so muß auch angenommen werden,daß erst das subjektive Moment die

---

28) RGSt 17,103; 39,220; 44,227; 49,202; 51,308; 55,129; 56,56,323; 57,140; 58,228; 61,199; 67,64; 70,388; 71,19. Kohlrausch-Lange II B 1 a vor § 73; Schönke-Schröder,Vorbemerkungen III 1 a vor § 73; BGHSt 8,35. 29) Mezger StuB I S.260; Welzel,Strafrecht S.190; RGSt 51,308; 56,323; 57,140; 71,19; 56,56. 30) von Hippel II § 39 V; Mezger StuB I S.246. 31) zum Beispiel: RGSt 53,263; 32) RGSt 58,228 zum Beispiel. 33) RG DJ 1939,307; Schönke-Schröder, Vorbemerkungen III 1 a vor § 73; RGSt 68,317; OLG Bremen NJW 1955,1606. 34) Schönke-Schröder a.a.O.; Allfeld S. 234; RGSt 9,344; 15,23; 18,317; 73,165; 35) Schönke-Schröder a.a.O. 36) vgl.die auf S.7 Anm. 20 und 21 angegebene Literatur. 37) vgl.die S. 7 Anm. 21 angegebene Literatur.

innere Beziehung zwischen den Einzelakten der fortgesetzten Handlung herstellt. Unter den Befürwortern des Erfordernisses der Einheitlichkeit des Vorsatzes besteht aber auch keine Übereinstimmung darüber, ob ein Gesamtvorsatz zu fordern ist[38] oder ob ein Fortsetzungsvorsatz genügt.[39]

Die Rechtsprechung[40] hat eine fortgesetzte Handlung immer nur dort angenommen, wo der Täter den Gesamterfolg von vornherein in seine Vorstellung aufgenommen hat,[41] wo sein Vorsatz von vornherein die mehreren in Aussicht genommenen Akte strafbarer Tätigkeit als Teilstücke eines einheitlichen Ganzen dergestalt umfaßt hat, daß die einzelnen Tätigkeitsakte nur Ausfluß dieses Vorsatzes sind und als Ausführung einer einzigen Straftat erscheinen.[42] Bei dem Erfordernis eines solchen Gesamtvorsatzes ergibt sich, daß die Annahme einer fortgesetzten Handlung in fahrlässiger Begehungsform ausgeschlossen ist.[43]

Im Gegensatz hierzu sieht eine weit verbreitete Auffassung vom Erfordernis des Gesamtvorsatzes ab.[44] Sie meint, Einheitlichkeit des Vorsatzes sei auch dann gegeben, wenn jemand nach Begehung einer Handlung einen neuen gleichen oder nahezu gleichen Entschluß der Art fasse, daß je-

---

38) Kohlrausch-Lange, Vorbemerkungen II B vor § 73; Dalcke-Schäfer, Erläuterungen 2 c zu § 74; RGSt 44,392; 51,308; 58,183; 61,200; 66,47,239; 70,51; 71,232; 72,42; 75,207; DJ 1936,728; 1938,2038; 1939,521; HRR 1939 Nr.480; ZAkDR 43,59; JW 1939,275; BGHSt 1,315; 2,167; 8,335; NJW 1953, 1112 = JR 1953,430; JR 1954,267; 1952,445; OLG Bamberg NJW 1948,390; OLG Frankfurt NJW 1948,393; OLG Hamm NJW 1953,1724; OLG Nürnberg MDR 1950,177. 39) Schönke-Schröder Vorbemerkungen III 2 b vor § 73; Maurach, Allgemeiner Teil S.601; Mezger StUB I S.261; Roth-Stielow NJW 1955, 451; Schwarz, Anmerkung 2 A vor § 73; Olshausen, Anmerkung 18 vor § 73; siehe auch die bei Schönke-Schröder a.a.O. angegebene Literatur. 40) siehe Anm.38. 41) zum Beispiel RGSt 58,183; 66,239. 42) RGSt 51,308; 66,239; 72, 213; 75,209; BGHSt 1,315; 2,167; 8,335. 43) Kohlrausch-Lange, Vorbemerkungen II B 1 c vor § 73; Dalcke-Schäfer Anm. 2c zu § 74; RGSt 73,230; 76,70; JW 1934,2145; BGHSt 5,376; JR 1952,445; Bayer.ObLG NJW 1951,493; OLG Köln NJW 1953,676. Anderer Meinung: Schönke-Schröder, Vorbemerkungen III 2 c vor § 73; Jagusch in Leipziger Kommentar, Vorbemerkungen B III 2 f aa vor § 73; Maurach, Allgemeiner Teil S. 601 f; Mezger StuB I S.259. Anderer Meinung auch die Vertreter der objektiven Theorie, vgl. die Anm.20 angegebene Literatur, auch Allfeld S.235 (besonders Anm.15); Frank, Erläuterungen V zu § 74; von Hippel II S.542. 44) siehe Anm. 39.

der spätere Entschluß als Fortsetzung des vorausgegangenen erscheine,weil diese Entschlüsse eine fortlaufende psychische Linie bildeten. [45] Zum Teil wird auch an die Täterpersönlichkeit angeknüpft,deren schuldhafte Charakterdisposition Gegenstand des Schuldvorwurfs sei,und das subjektive Erfordernis der fortgesetzten Handlung im "Wirksam - sein derselben Motivationslage,das heißt Handeln unter dem Eindruck derselben oder nahezu gleichen Gelegenheit oder desselben Verhältnisses" gesehen. [46] Danach reicht zur Annahme einer fortgesetzten Handlung aus,daß der Täter sich nach und nach entschließt oder wiederholt der gleichen Versuchung erliegt, [47] und zwar auch dann,wenn er nach Begehung des ersten Tatteils fest entschlossen war,die Tat nicht zu wiederholen,also keinen Gesamtvorsatz hatte.

Auf eine nähere Prüfung,welcher der vertretenen Auffassungen der Vorzug zu geben ist,muß hier verzichtet werden.Für die Frage,ob der Begriff der fortgesetzten Handlung mit den sich daraus ergebenden Folgen in das Zivilrecht übernommen werden kann,ist die genaue Feststellung der Zusammenhangsmerkmale erst in zweiter Linie entscheidend.Für die hier verfolgten Zwecke muß vorerst die Feststellung genügen,dass nach der im Strafrecht herrschenden objektiv-subjektiven Theorie [48] eine fortgesetzte Handlung dann vorliegt,wenn der Täter mit einheitlichem Vorsatz in gleichartiger Begehungsform dasselbe Rechtsgut mehrfach verletzt hat.Unter diesen Voraussetzungen erscheinen die einzelnen Handlungsteile nur als unselbständige Teilakte eines ein - heitlichen Verbrechens. [49]

2.Kapitel

Die Auswirkungen der fortgesetzten Handlung im Strafrecht

Die Bedeutung der fortgesetzten Handlung im Straf - recht liegt sowohl auf materiellem als auch auf prozes -

---

45) Schönke-Schröder,Vorbemerkungen III 2 b vor § 73; Mezger StuB I S.261. 46) Schubath JR 1951,341. 47)Mezger a.a.O. 48) vgl. die Anm. 21 angegebene Literatur. 49) vgl. Anm.17.

sualem Gebiet.Mit ihrer rechtlichen Wertung als Handlungseinheit löst sie dieselben Folgen aus wie eine Handlung, die schon bei natürlicher Betrachtung eine Handlungseinheit bildet.

Eine wichtige Folge ist die Verwirkung nur einer Strafe,wenngleich diese Folge angesichts des § 74 StGB nicht mehr die zentrale Bedeutung wie unter der Geltung des Kumulationsprinzips hat. [50] Die Bestrafung erfolgt nur wegen eines einzigen Delikts.Daher ist,wenn nur ein Teil der vorgeworfenen Einzelakte nachgewiesen werden kann,ein Freispruch wegen der übrigen Tatteile logisch ausgeschlossen.[51] Hat der Täter auch nur durch e i n e Teilhandlung den strafrechtlichen Tatbestand unter erschwerenden Voraussetzungen erfüllt,zum Beispiel schweren Diebstahl,so wird er wegen des qualifizierten Delikts auch dann bestraft,wenn die übrigen Tatteile nur den einfachen Tatbestand erfüllt haben. [52]

Eine weitere Folge der fortgesetzten Handlung ist die Erstreckung der Rechtskraft des strafgerichtlichen Urteils auf alle vor der Verurteilung liegenden Teilhandlungen des fortgesetzten Delikts,auch wenn diese bei der Aburteilung nicht bekannt waren. [53] Eine gesonderte Aburteilung ist nicht möglich,weil die Strafklage insoweit verbraucht ist; denn da diese Handlungen in gleicher Weise wie die übrigen bei der Aburteilung bekannten Teilhandlungen nur unselbständige Bestandteile der fortgesetzten Handlung waren, sind sie mit der erstmaligen Aburteilung der fortgesetzten Handlung bereits erfaßt.

Auch bedarf es beim Vorliegen einer fortgesetzten Handlung keines Strafantrags,sofern nur eine der Teilhandlungen dem Erfordernis des Strafantrags nicht unterliegt.[54] Im Falle einer Gesetzesänderung im Verlaufe einer fortgesetzten Handlung kommt nur dasjenige Strafgesetz zur An -

---

50) vgl. Jagusch in LK,Vorbemerkungen B III 2 f vor § 73. 51) zum Beispiel: RGSt 57,302; Goltd.Arch. 46,109; BGH NJW 1951,726; 1952,432; JR 1954,353; OLG Hamm HESt 1,187; Dalcke-Schäfer,Erläuterungen 2 c zu § 74. 52) Schönke-Schröder, Vorbemerkungen III 4 vor § 73; RGSt 67,188; 57,195; HRR 1937,764; vgl. auch RG DJ 1937,246. 53) RGSt 44,28,398; 51, 253; 54,333; 66,45; 68,384; 70,336; 72,212; BGHSt 5,138; 6, 92; 54) Olshausen,Anmerkung 11 zu § 68; Allfeld S. 236; RGSt 57,81.

wendung,das zur Zeit der Begehung der letzten Teilhandlung gegolten hat.[55] Die Verjährung beginnt für die gesamte fortgesetzte Handlung erst mit dem Tage,an dem die letzte Teilhandlung begangen ist.[56] Eine Unterbrechung der Verjährung durch eine gegen den Täter gerichtete richterliche Handlung nach § 68 StGB wirkt sich auch auf die Verjährung der dem Richter unbekannten Einzelhandlungen einer fortgesetzten Handlung aus.[57] Die Frist für den Strafantrag beginnt erst mit Abschluß des letzten Tatteils zu laufen.[58] Der Gerichtsstand nach § 7 StPO ist überall dort für die gesamte fortgesetzte Handlung begründet,wo auch nur eine Teilhandlung begangen ist.Dagegen wird vorwiegend angenommen,dass die Teilnahme an Einzelakten einer fortgesetzten Handlung nur als Teilnahme an dem Einzelakt bestraft wird; insoweit haben die Einzelakte selbständige Bedeutung.[59]

Diese Ausführungen zeigen,welche große Bedeutung die fortgesetzte Handlung im Strafrecht hat.An ihren Auswirkungen wird verständlich,dass ihre Anerkennung im Strafrecht eine Grundfrage gerechter und zweckmäßiger Strafrechtspflege ist.

Abschnitt B

3. Kapitel

Bedeutung und Auswirkung einer fortgesetzten Handlung im Zivilrecht

Wenn man die Auswirkungen,die der Begriff der fortgesetzten Handlung im Strafrecht mit sich bringt,vor Augen hat,ist man geneigt,die Bedeutung,die dieser Begriff auch in anderen Teilgebieten des Rechts haben kann,zu unterschätzen,zumal wenn man der Meinung ist,dass es sich um ei-

---

55) RGSt 56.56; 62,5; 68,338; 71,94; 74,133; 77,221. 56) RGSt 38,387; 57,140; 59,281; 62,214; 64,40; 66,36; 72,26; BGHSt 1,91; 5,137. 57) Olshausen Anm.11 zu § 68. 58) RGSt 40,319. 59) Kohlrausch-Lange,Vorbemerkungen II B vor § 73; Schönke-Schröder,Vorbemerkungen III 5 vor § 73; Schwarz,Vorbemerkungen 3 A vor § 73; Binding,Handbuch I S.837; vgl.die bei Allfeld S. 236 Anm.18 angegebene Literatur;ferner RGSt 17,227; 34,5; 48,206; 56,326; 58,117; anderer Meinung noch RGST 4,97; 11,59; 38,27; 54,165; 57,354; jedoch seit 70,26 aufgegeben; ebenso Olshausen-Niethammer,12.Aufl. Vorbemerkungen 5 vor § 73,anderer Meinung 11.Aufl. Erläuterungen 13

nen Begriff handelt,der so ganz aus dem Bedürfnis einer gerechten und zweckmäßigen Strafrechtspflege heraus entstanden ist und der so ganz auf die strafbare Handlung zugeschnitten zu sein scheint.

Wenn auch nicht zu verkennen ist,daß die Funktion des Zivilrechts eine andere als die des Strafrechts ist,so darf nicht übersehen werden,daß der Ausgangspunkt für die Entwicklung des Begriffs der fortgesetzten Handlung,nämlich die zwingende Folge,daß alles,was nicht Handlungseinheit ist, eine Mehrzahl von Handlungen mit einer Mehrzahl von Rechtsfolgen darstellt,im Zivilrecht derselbe wie im Strafrecht ist.Die Bedeutung,die hier die Annahme einer rechtlichen Handlungseinheit hat,tritt nur deswegen nicht so sehr in Erscheinung,weil das Zivilrecht nur zum Teil seine Rechtsfolgen an menschliche Handlungen knüpft.Aber gerade diejenigen Tatbestände,in denen eine Rechtsfolge an eine vertrags- oder rechtswidrige Handlung geknüpft ist,zeigen eine große Ähnlichkeit mit den Tatbeständen des Strafrechts. So ist es naheliegend,gerade hier nach Gemeinsamem zu suchen.

Welche Bedeutung im Rahmen der Prüfung,ob im Einzelfalle Handlungseinheit oder Handlungsmehrzahl vorliegt,die Frage der Anwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung im Zivilrecht haben kann,mögen folgende Fälle zeigen:

1) Ein geschäftliches Unternehmen vertrieb über einen längeren Zeitraum Waren,die es unzulässigerweise mit dem Namen eines anderen Unternehmens in Verbindung brachte.Der Vertrieb erfolgte auf Grund eines von vornherein gefaßten Gesamtvorsatzes; auch war dem Unternehmen die Unzulässigkeit des Vertriebs bekannt.Gegenüber der erst längere Zeit nach Erlangung der Kenntnis vom Eintritt eines Schadens erhobenen Schadensersatzklage,erhob das beklagte Unternehmen hinsichtlich eines Teils des Schadens die Einrede der Verjährung.Das klagende Unternehmen machte dagegen geltend,der Gesamtschaden sei die Folge einer als fortgesetzte Handlung anzusehenden Einheitshandlung,folglich beginne die Verjährungsfrist des § 852 BGB hinsichtlich des gesamten Schadens einheitlich erst mit der Kenntnis von der letzten Teilhandlung.

2) Eine Werbefirma verbreitete unter Verletzung der Urheberrechte eines anderen dessen Photographien über

---

b 2 und 18 a zu § 73. Anderer Meinung auch Allfeld a.a.O. S. 236; von Liszt,Strafrecht, 23.Aufl. S.241; Doerr a.a.O. S. 211 und andere.

einen Zeitraum von zwei Jahren auf Grund eines von vornherein gefaßten Gesamtvorsatzes widerrechtlich. Läuft die Verjährungsfrist des § 47 KunstUrhG für jede einzelne Verletzungshandlung gesondert oder unter Anwendung der Grundsätze über die fortgesetzte Hand - lung einheitlich von der Begehung des letzten Tatteils an?

3) Ein Sänger der Deutschen Oper hatte sich dieser gegenüber durch Vertrag verpflichtet,an keiner anderen Bühne aufzutreten bei Vermeidung einer Vertragsstrafe von 1000,- DM für jeden Fall des Zuwiderhandelns. Trotzdem schloß er mit einer anderen Bühne einen Vertrag,durch den er sich verpflichtete,an fünf bestimmten Tagen dort zu singen,was auch geschah. Die Deutsche Oper verlangt eine Vertragsstrafe von 5000 ,- DM, während der Sänger meint,die Vertragsstrafe sei nur einmal verwirkt,weil es sich um eine fortgesetzte Handlung gehandelt habe.

4) Die Satzung eines Vereins bestimmt,daß der Vorstand berechtigt sei,gegen Vereinsmitglieder,die den Satzungsvorschriften zuwiderhandeln,eine Strafe festzusetzen.Ein Mitglied handelt mit Gesamtvorsatz einem bestimmten Verbot mehrmals zuwider.

5) Der Verleger mehrerer weitverbreiteter Zeitschriften hatte beschlossen,eine Reihe von Artikeln über die "Geschäftspraktiken" eines bestimmten Fabrikanten nacheinander zu veröffentlichen,um diesen in den Augen der Öffentlichkeit herabzusetzen. Er verwirklichte diese Absicht mit Gesamtvorsatz und stellte mehrfach dieselben unrichtigen und beleidigenden Behauptungen öffentlich auf. Dadurch entstand dem Fabrikanten an verschiedenen Orten,an denen er geschäftliche Niederlassungen hatte,ein wirtschaftlicher Nachteil. Den Gesamtschaden klagt er an einem Ort ein, an dem nur ein Teil des Schadens entstanden war, unter Berufung darauf, daß der Gesamtschaden die Folge einer einheitlichen,einer fortgesetzten Handlung sei.

6) V tätigte über mehrere Jahre Volkswagenverkäufe, in denen die Strafkammer einen fortgesetzten Betrug erblickte.Seine Ehefrau leistete zu einzelnen Verkäufen Beihilfe.Ein Geschädigter,in dessen Falle die Ehefrau nicht mitgewirkt hatte,nimmt diese auf Schadensersatz mit der Begründung in Anspruch,sie habe Beihilfe zum Gesamtkomplex der fortgesetzten Handlung geleistet.[60]

7) A beging mit Gesamtvorsatz und in gleichartiger Begehungsform mehrere unerlaubte Handlungen gegenüber B,die zum größten Teil in Dänemark ,zum Teil aber auch in Deutschland stattfanden.B nimmt A in Deutschland in Anspruch und ist der Meinung,der Anspruch sei hinsichtlich des gesamten Schadens nach deutschem Recht zu beurteilen,weil eine fortgesetzte Handlung vorliege.

---

60) Dieser Fall wurde vom BGH entschieden, vgl. NJW 1954,1033.

In allen diesen Fällen knüpft das Recht an ein be - stimmtes menschliches Verhalten eine Rechtsfolge,sei es, daß ein Vermögensschaden ausgeglichen werden muß,sei es, daß eine Vertragsstrafe verwirkt ist. Hier taucht die Frage auf,ob man genötigt ist,was die Verjährung,den Gerichtsstand, das anzuwendende Recht,die Zahl der Strafen anbelangt,jede Einzelhandlung als selbständige Einheit anzusehen. Soll das Unternehmen im ersten Falle tatsächlich die Verjährungseirede erheben dürfen,obwohl der Gesamtschaden die Folge von Handlungen war,die einem von vornherein gefaßten Gesamtvorsatz entsprangen und sich lediglich als Betätigung dieses von vornherein auf den Gesamterfolg gerichteten Vorsatzes darstellten? Soll der Sänger im dritten Falle wirklich für jeden Abend seines Auftretens eine Strafe von 1000,- DM zahlen müssen,obwohl die fünf Auftritte in einem von vorn -

herein gefaßten Vorsatz wurzeln,mehrmals an einer anderen Bühne zu singen? Vielleicht sogar auch dann,wenn er sei - nen Vertrag allerdings unwirksam gekündigt hatte und sich nicht mehr verpflichtet glaubte? Muß im fünften Falle der Verleger tatsächlich an mehreren Orten verklagt werden, wenn der Gesamtschaden die Folge von Einzelhandlungen ist, die einem von vornherein gefaßten Entschluß entsprangen? Gelangt man nicht in allen diesen Fällen unter Zuhilfenahme des Begriffs der fortgesetzten Handlung zu einer einheitlichen,billigen und zweckmäßigen Lösung?

Schon diese wenigen Beispiele,die sich gerade auf dem Gebiet des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts noch ver - mehren ließen,mögen zeigen,dass die Anwendbarkeit des Be - griffs der fortgesetzten Handlung durchaus zu erwägen ist und dass diese Frage im Zivilrecht durchaus keine geringe Bedeutung besitzt,wenngleich sie nicht die zentrale Bedeutung hat,die sie im Strafrecht besitzt.

4. Kapitel

Zur Übernahme des strafrechtlichen Begriffs der fortgesetzten Handlung in das Zivilrecht

I. Wenn das Zivilrecht Rechtsfolgen an Handlungen knüpft,steht es bei der Abgrenzung,ob mehrere menschliche Verhaltensweisen e i n e Handlung oder mehrere Hand - lungen bilden,auf den ersten Blick denselben Schwierigkeiten wie das Strafrecht gegenüber.Was man unter einer Handlung versteht,ist in Straf- und Zivilrecht gleichzubeur - teilen; es gibt nicht eine strafrechtliche und eine zivilrechtliche Handlung,sondern nur ein menschliches Verhalten, das unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten be - trachtet wird und einmal als strafrechtlich relevantes,ein anderes Mal als zivilrechtlich relevantes Verhalten anzusehen ist.Wenn auch der Handlungsbegriff in seinem Wesen außerordentlich umstritten ist, [61] so ist er doch im Zivilrecht derselbe wie im Strafrecht.Welches menschliche Verhalten für das eine oder andere Rechtsgebiet erheblich ist, richtet sich nicht nach der Verschiedenartigkeit des Hand-

61) siehe unten S. 19 ff.

lungsbegriffs,sondern nach der Verschiedenartigkeit der Voraussetzungen,an deren Vorliegen das Gesetz eine straf- oder zivilrechtliche Rechtsfolge knüpft.

Wenn der Handlungsbegriff derselbe ist,kann auch die Abgrenzung der einzelnen Handlungen zueinander nur gleichmäßig vorgenommen werden.Daher gilt auch für das Zivilrecht, dass die Handlung kein reines physisches Geschehen ist,sondern Willensbetätigung und dass die meisten Handlungen sich auf einem Gefüge raum-zeitlicher Körperbewegungen aufbauen, die vom Betrachter in einen Sinnzusammenhang gebracht werden müssen.Daher ist auch im Zivilrecht die Handlungseinheit durch einen solchen unmittelbaren Zusammenhang zwischen mehreren menschlichen Verhaltensweisen gekennzeichnet,dass sich das gesamte Tätigwerden objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun bei natürlicher Betrachtungsweise erkennbar macht (natürliche Handlungseinheit).[62]

II. Nun gibt es kein menschliches Verhalten,das von vornherein schon eine rechtliche Einheit wäre.Jede derartige Festlegung ist eine Wertung und untersteht damit der rechtlichen Festlegung.Handelt es sich bei der fortgesetzten Handlung um eine Handlungseinheit im Sinne einer natürlichen Betrachtung,so könnte kein Zweifel an der uneingeschränkten Anwendung des Begriffs im Zivilrecht bestehen.Wenn dagegen die fortgesetzte Handlung keine Handlungseinheit im natürlichen Sinne ist,sondern eine rechtliche Zusammenfassung aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen,also eine Fiktion, dann,und nur dann tritt überhaupt die Frage nach der Übernahme des Begriffs der fortgesetzten Handlung aus dem Strafin das Zivilrecht auf.

Die Frage,ob die fortgesetzte Handlung im Strafrecht eine natürliche oder eine rechtliche Handlungseinheit darstellt,ist sehr umstritten,wird aber heute überwiegend in letzterem Sinne beantwortet.[63] Es wird angenommen,dass

---

62) Zur natürlichen Handlungseinheit vgl.RGSt 58,113; 59, 318; 76,143; 65,144. 63) Schönke-Schröder,Vorbemerkungen III vor § 73; Schwarz 3B vor § 73; Dalcke-Schäfer,Erläuterungen 2 c zu § 74; Kohlrausch-Lange Vorbemerkungen II vor § 73; Mezger JW 1938,3265; derselbe StUB I S.255;Frank Erläuterungen V 2 zu § 74; von Hippel II S.553 ff; von

das fortgesetzte Delikt eine Mehrheit von Handlungen im natürlichen Sinne darstellt, die aber wegen des unter ihnen bestehenden Zusammenhangs im juristischen Sinne als e i n Delikt, als e i n e Handlung gewertet werden. Zum Zwecke der Zusammenfassung tritt man vom natürlichen Standpunkt aus mit einer Fiktion auf. Diese Fiktion bleibt aber auf das Rechtsgebiet beschränkt; das Reichsgericht hat das immer betont und darauf hingewiesen, dass die Zusammenfassung der mehreren tatsächlichen Handlungen auf Grund besonderer Voraussetzungen mit dem einheitlichen Willensentschluß des Täters zusammenhänge und daher auch nur für diesen Täter maßgebend sei. Für den Teilnehmer an der fortgesetzten Handlung eines anderen hat das Reichsgericht die Fiktion einer Handlungseinheit nicht gelten lassen,[64] sondern angenommen, dass dann die natürlichen Tatsachen wieder in ihr Recht träten, dass also trotz der "juristischen Abstraktion eine Mehrheit von Einzelhandlungen verborgen" sei, die, jede für sich betrachtet, alle Merkmale einer selbständigen Handlung, eines selbständigen Delikts in sich trügen.[65]

Gegen die Annahme einer Fiktion und für die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit ist geltendgemacht worden,[66] die Vereinigung der mehreren Akte zur rechtlichen Handlungseinheit ergebe sich aus der Natur der Sache, insbesondere daraus, dass jene Akte, rein äußerlich betrachtet, selbständige Handlungen zu sein scheinen, in Wahrheit aber nur unselbständige Teile e i n e r Handlung, e i n e s mit Straffolgen ausgestatteten Tatbestandes bedeuteten, als solche vom Täter gedacht und gewollt seien und erst zusammen ein Ganzes bildeten. Nicht nur der juristischen, sondern ebenso der natürlichen Auffassung des Sachverhalts nach er-

---

Liszt-Schmidt, 25. Aufl. S. 339, 340, 352; Honig a.a.O. S. 62, 114; Perlinger, Die objektiven Grenzen des Fortsetzungszusammenhanges, 1934 S. 389; Reimer GRUR 1932, 670 bes. Anm. 17; Schubath JR 1951, 341; Nickel, Der Begriff des fortgesetzten Delikts, 1931 S. 19, bes. Anm. 46 und die dort angeführte Literatur ferner Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis II (1904) S. 233; Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeß-rechts, Berlin 1880 S. 368; Stenglein 2. Aufl. 1889 § 151; RGSt 9, 346; 9, 426; 10, 53, 204; 15, 26; 22, 235; 43, 357; 48, 208; bes. RGSt 17, 228 (Fiktion im Interesse des Täters). 64) RGSt 48, 208. 65) RGSt 17, 227; 23, 305; 34, 5; 18, 320. 66) Doerr, a.a.O. S. 76, 177.

scheine keine Teilhandlung des fortgesetzten Delikts als selbständige,sondern jede der nachfolgenden Tätigkeiten nur als Fortsetzung der vorausgehenden.Von einer Fiktion könne man nur insofern reden,als der fortgesetzt Handelnde so behandelt werde,wie wenn er das Verbrechen in einem Akt ausgeführt hätte.Die fortgesetzte Handlung unterscheide sich rechtlich nicht von einem einzigen ununterbrochenen Tun. Schirmeyer[67] bestimmt das fortgesetzte Delikt als einen Fall der natürlichen,das heißt sinnhaften Zweckeinheit,der als rechtliche Einheit und damit als Verbrechenseinheit behandelt werde; er verneint damit die herrschende Anschauung, weil,wie er meint,ihr Ausgangspunkt eine analysierende Elementenbetrachtung,ausgerichtet am naturalistischen Positivismus,sei,die zum Wesen des vom bewußten Sinn gestalteten Handelns gar nicht heraufreiche.[68]

Die Frage,ob die fortgesetzte Handlung eine natürliche Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit bildet,hängt davon ab,welche Kriterien darüber entscheiden,wann e i n e Handlung vorliegt und wann mehrere Handlungen oder Handlungseinheiten vorliegen.

Die Handlung ist ein zentraler Begriff des Strafrechts, dessen Wesen und Standort im System sehr umstritten ist.Im wesentlichen geht es dabei um drei Fragen: ob der strafrechtliche Handlungsbegriff rechtsapriorisch erarbeitet werden kann,ob und in welchem Maße der Wille als Handlungselement zu berücksichtigen ist und ob der tatbestandsmäßige Erfolg als Handlungsbestandteil anzusehen ist.[68] Es stehen sich die kausale und die finale Handlungslehre gegenüber. Den kausalen Handlungslehren ist gemeinsam,dass sie die Handlung als Bewirkung eines Erfolges auffassen,während die finale Handlungslehre das Schwergewicht auf die Willens -

---

67) Wesen und Voraussetzungen des fortgesetzten Verbrechens Strafrechtliche Abhandlungen Heft 425 S.55. 68) Für eine natürliche Handlungseinheit: Hälschner,System des preußischen Strafrechts 1858 Band I S.489 ff; John,Beiträge zur Lehre von der Verbrechenskonkurrenz,GA 3,620 ff; von Stemann,Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen,Gerichtssaal 24,23 ff; Binding,Lehrbuch II 2 S.670; Olshausen Erläuterungen 3,20 zu § 73; Jagusch in Leipziger Kommentar Vorbemerkungen B III 2 f vor § 73. 69) siehe zu dieser Fragestellung Maurach,Deutsches Strafrecht,Allgemeiner Teil,1958 S.129.

seite,auf den Willensinhalt legt und den tatbestandlichen Erfolg völlig aus dem Handlungsbegriff eliminiert.Nach ihr ist der Begriff der Handlung mit der Willensbetätigung erfüllt,der Erfolg ist nicht mehr Bestandteil der Handlung, sondern "Merkmal eines die Handlung zur Grundlage nehmenden weiteren,nunmehr rein strafrechtlichen Begriffs,des Tatbestandes".

Unter den kausalen Handlungsbegriffen ist auf den natürlichen Handlungsbegriff hinzuweisen,wonach die Handlung eine sinnlich wahrnehmbare Veränderung in der physikalischen Außenwelt darstellt. [70] Die Handlung ist von der Tatbestandsverwirklichung zu trennen,sie ist völlig wertfrei.Weiter geht der soziale Handlungsbegriff, [71] der die Handlung nicht für einen wertfreien,sondern für einen innerstrafrechtlichen Begriff hält.Nach ihm ist nicht die Veränderung in der physikalischen Außenwelt für die Handlung entscheidend,sondern ihre wertbare Beziehung zur sozialen Umwelt.Handlung ist nach ihm Bewirkung eines sozialerheblichen,eines tatbestandlichen Erfolges.Wesentlich ist,daß einerseits der Erfolg in den Handlungsbegriff einbezogen ist,andererseits zwar auf den Willen des Handelnden abgestellt,vom Inhalt des Willens jedoch abgesehen wird.Handlung ist danach das "willkürliche Bewirken des Erfolges", [72] das "vom menschlichen Willen beherrschte körperliche Verhalten", [73] sie ist "ein gesteuerter menschlicher Wahlakt, der von einem Handlungswillen als wesentlichem Tatbestandsmerkmal getragen wird." [74] Nach der finalen Handlungslehre ist Handlung "Ausübung der Zwecktätigkeit", [75] "vom steuernden menschlichen Willen beherrschtes menschliches Verhalten", [76] finale Gestaltung der Wirklichkeit durch den menschlichen Willen. [77] Ihren sinnfälligen Ausdruck findet die finale Handlungslehre in dem Satz,der Vorsatz gehöre zur Handlung.Gegen die finale Handlungslehre werden von der noch

---

70) so vor allem von Liszt,Lehrbuch,23.Aufl. S.123. 71) von Liszt-Schmidt,Lehrbuch,26.Aufl.S.154; Engisch,Der finale Handlungsbegriff,Festschrift für Kohlrausch 1944 S.161;Maihofer,Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem,Tübingen 1953. 72) Engisch a.a.O. S.161. 73) Schönke-Schröder,Vorbemerkungen II 2 vor § 1. 74) W.G.Becker,Gegenopfer und Opferverwehrung,1958 S.261. 75) Welzel,Das deutsche Strafrecht,6.Aufl. S.28. 76) Maurach,Strafrecht,Allgemeiner Teil

herrschenden kausalen Handlungslehre gewichtige Einwendungen erhoben.[78] Es wird ihr vorgeworfen, sie verwechsele die zurechenbare Handlung mit der Handlung schlechthin; weder aus dem Gesetz noch aus der Natur der Sache ergebe sich, daß ein menschliches Verhalten nur dann als tatbestandsmässiges Verhalten angesehen werden könne, wenn der Zweck, nach dem es strebe, das sei, was das Gesetz verbiete.[79] Auf derselben Ebene liegt der Einwand W.G.Beckers,[80] die Lehre übersehe, daß nicht nur die per se gesteuerte Handlung/Straftat, sondern auch die angesteuerte finale Handlung/Straftat noch naturale Handlung sei, die also auch ohne das Licht eines strafrechtlichen normativen Tatbestandes sichtbar sei, so daß daher die Kombination "Finalhandlung und Vorsatz" eine Konfundierung von juristischen Naturalgegebenheiten mit juristischen Legalgegebenheiten darstelle.[81]

Hier kann nicht näher auf die verschiedenen Handlungslehren und auf die Vermittlungsversuche eingegangen werden, die gemacht worden sind.[82] Für die hier verfolgten Zwecke mag die Darstellung genügen, mit welchem Inhalt der Begriff der Handlung in der Rechtslehre gebraucht wird.

Für die Frage, ob Handlungseinheit oder Handlungsmehrzahl vorliegt, ist von zweitrangiger Bedeutung, von welchem Handlungsbegriff man ausgeht. So sagt Frank[83] von der Seite eines kausalen Handlungsbegriffs her, zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit sei schwer eine scharfe Grenze zu ziehen, vermeidbar wären diese Schwierigkeiten nur, wenn man den physiologischen Handlungsbegriff zugrundelegte, das bedeute das durch einheitliche Innervation hervorgerufene körperliche Verhalten; es leuchte aber ein, daß man von diesem

---

1958 S.126. 77) so neben Welzel und Maurach a.a.O.: Niese, Finalität, Vorsatz, Fahrlässigkeit, 1951; wohl auch Olshausen Anm. 2 a zu § 42 b. 78) Engisch a.a.O.; Bockelmann, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949; Mezger StuB I S.52; derselbe, Leipziger Kommentar Einleitung II. 79) Schönke-Schröder a.a.O. Vorbemerkungen II vor § 1. 80) a.a.O. S.266. 81) vgl. auch hierzu Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6.Aufl. S.34 ff, der die Kritik am finalen Handlungsbegriff eingehend darstellt. 82) Eb.Schmidt JZ 1956, 190; Heinitz JR 1957,128, der davon ausgeht, dass die vorsätzliche und die fahrlässige Rechtsgüterverletzung sich schon im Unrechtstatbestand, und nicht erst in der Schuld unterschieden; vgl.ferner Heinitz JR 1957,78, wo unter Bezugnahme auf Eb.Schmidt gesagt wird, dass es auch vom Standpunkt der

Standpunkt aus kaum ein einziges Delikt durch e i n e Handlung begehen könnte. Andererseits hält Maurach,[84] vom finalen Handlungsbegriff ausgehend, den Täterplan allein für ungeeignet zur Entscheidung, wann eine Handlungseinheit und wann eine Handlungsmehrheit vorliege; er hebt hervor, daß dem die regulierende Funktion der in den einzelnen Tatbeständen enthaltenen Handlungen entgegenstehe; die nur das Gesamtvorhaben des Täters berücksichtigende Betrachtung, die zur Annahme einer sogenannten natürlichen Handlungseinheit führe, habe als selbständiger Maßstab in der Konkurrenzlehre keine Bedeutung.[85] Es kommt also auf die einzeln bewertbare, die tatbestandsmäßige Handlung an, wobei die Wahrheit mit der Rechtsprechung zur natürlichen Handlungseinheit in der Mitte zu finden ist zwischen dem Gesamtplan des Täters und der einzelnen Körperbewegung, so daß die Handlungseinheit durch einen solchen Zusammenhang zwischen mehreren menschlichen Verhaltensweisen gekennzeichnet ist, daß sich das gesamte Tätigwerden nicht nur subjektiv für den Täter, sondern auch objektiv für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun bei natürlicher Betrachtungsweise erkennbar macht.[86]

Ebensowenig wie der Gesamtplan des Täters allein für die Frage ausreicht, ob eine tatsächliche Handlungseinheit vorliegt, tut er das bei der Frage, ob eine fortgesetzte Handlung eine tatsächliche Handlungseinheit darstellt. Der Gesamtplan des Täters hat zwar in der Form des Gesamtvorsatzes die Bedeutung eines Zusammenhangsmerkmals, entscheidend dafür aber, ob eine Handlungseinheit im tatsächlichen Sinne vorliegt, ist der Umstand, wie es ein unbeteiligter Dritter ansehen würde, ob sich das Tätigwerden als ein zusammengehörendes Tun, als e i n e tatbestandserfüllende

---

sozialen Handlungslehre möglich sei, den Vorsatz als Wollen der Tatbestandsverwirklichung zum Tatbestand zu ziehen; ähnlich auch W.G.Becker a.a.O.S.267, der es im Einklang mit der finalen Handlungslehre für möglich hält, -allerdings mit anderer Begründung als diese- auf den Vorsatz als Schuldmoment zu verzichten und die freigewordene Position, aus der dann mit ihrer Verwandlung zur selbständigen Deliktshandlung auch die Fahrlässigkeit als Delikt der Risikokreation auszieh, mit der Kategorie des Rechtswidrigkeitsbewußtseins zu besetzen. 83) Anm. 1 zu § 74. 84) a.a.O. S.574 f. 85) Maurach a.a.O. 86) BGH NJW 1953,1357.

Handlung darstellt oder nicht.Daran daß beim fortgesetzten Delikt jede Einzelhandlung den vollen Tatbestand eines Delikts erfüllt,kann kein Zweifel sein,dann aber bildet jede dieser Einzelhandlungen eine Sinneinheit für sich und stellt für jeden unbefangenen Beobachter eine tatsächliche Hand - lungseinheit dar.Wenn die mehreren Einzelhandlungen als eine fortgesetzte Handlung erscheinen sollen,so werden hier Handlungen zusammengefaßt.Diese Zusammenfassung ist auf das Rechtsgebiet beschränkt,sie ergibt sich nicht aus dem Tatsächlichen.Die Gegenmeinung,die von der Sinn- oder Zweck - einheit der fortgesetzten Handlung ausgeht, [87] übersieht die regelnde Funktion des juristischen Tatbestandes und stellt einseitig auf den Gesamtplan des Täters ab. Mau - rach [88] ist zu folgen,wenn er dem Gesamtvorhaben des Tä - ters jedenfalls für sich allein für die Handlungseinheit, beim fortgesetzten Delikt besonders,jede Berechtigung abspricht.Die Tatbestandszusammenfassung oder die Fiktion einer Handlungseinheit hat ihre Rechtfertigung in Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen. Honig [89] sagt mit Recht,es sei nicht möglich,eine langandauernde gleichartige verbrecheris e Tätigkeit nicht einheitlich zu behandeln, wenn anders man nicht bei der Frage der Verjährung und der Antragsfrist in unlösbare Schwierigkeiten geraten wolle und dem Angeklagten den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht verkürzen wolle,da es in solchen Fällen nicht möglich sei,alle Einzelhandlungen in der Verhandlung zur Sprache zu bringen und tatsächlich festzustellen.Auch das Reichsgericht [90] hat darauf hingewiesen,daß neben Gerechtigkeitsgründen auch Gründe prozessualer Natur für die Anerkennung des Begriffs der fortgesetzten Handlung maßgebend gewesen seien. [91] Im großen und ganzen wird es durch die Annahme einer fortgesetzten Handlung ermöglicht,es dahingestellt zu lassen,ob der gesetzliche Tatbestand einmal mehr oder weniger erfüllt worden ist.

---

87) zum Beispiel Schirmeyer a.a.O. S.54f; Doerr a.a.O.;vgl. auch oben S.19 Anm.68. 88) a.a.O. S.575. 89) Studien S.66. vgl.auch von Bar,Gesetz und Schuld III S.585,wo ausgespro - chen ist,daß der Zweck der Fiktion mildernde Bestrafung sei, wie wenn nur e i n Delikt vorläge.Allerdings ist nicht zu verkennen,dass dieser Zweck mit der Aufgabe des Kumulationsprinzips etwas zurückgetreten ist. 90) RGSt 46,19. 91) ebenso Kramer ,Das fortgesetzte Verbrechen,Diss.Göttingen 1907.

Unter Berücksichtigung dessen wird ersichtlich,daß die Konstruktion des Begriffs der fortgesetzten Handlung als Handlungseinheit ausschließlich auf der Rechtfertigung des Begriffs selbst fußen muß; die fortgesetzte Handlung ist ein Zweckbegriff.Die Handlungseinheit ergibt sich nicht aus dem Tatsächlichen,sondern aus der rechtlichen Betrachtung, aus der rechtlichen Wertung.Die natürliche Betrachtung im Sinne der Lebensauffassung ergibt eine Handlungsmehrheit der einzelnen Tätigkeitsakte,Zweckmäßigkeits-und Billig - keitserwägungen erfordern aber eine Behandlung dieser natürlichen Handlungsmehrheit als Handlungseinheit.Daher muß man der herrschenden Lehre folgen und in der fortgesetzten Handlung die rechtliche Fiktion einer Handlungseinheit sehen.

Damit beantwortet sich von selbst die Frage nach der Gemeinsamkeit des Begriffs für das Zivil-und Strafrecht.Der Begriff ist kein allgemeiner Rechtsbegriff,sondern ein typisch strafrechtlicher,daher ist er auch zunächst auf das Gebiet des Strafrechts beschränkt.Es kann sich also nur darum handeln,ob der Begriff so,wie er für das Strafrecht entwickelt worden ist,in das Zivilrecht übernommen werden kann,das heißt,ob die Annahme der Fiktion einer Handlungseinheit bei Vorliegen derselben Voraussetzungen wie im Strafrecht,also,wie die herrschende Meinung annimmt,bei Gesamtvorsatz,Gleichartigkeit der Begehungsakte,Gleichheit des verletzten Rechtsguts,auch im Zivilrecht gerechtfertigt ist.

5. Kapitel

Die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich in einer Reihe von Entscheidungen mit der Frage der Übernahme des Begriffs der fortgesetzten Handlung in das Zivilrecht beschäftigt.Sie bietet kein einheitliches Bild.Während die Anwendbarkeit des Begriffs im zivilrechtlichen Deliktsrecht im Rahmen der Verjährung von Schadensersatzansprüchen überwiegend verneint worden ist, ist sie im Deliktsrecht im Rahmen des § 32 ZPO hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts überwiegend bejaht worden.Auch im Rahmen der Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus der Verletzung von Immaterialgütern ist die

Anwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung überwiegend verneint worden,während sie,das sei nur beiläufig erwähnt,im Rahmen der Zwangsstrafe nach § 890 ZPO einhellig bejaht wird.

In der ersten Entscheidung zu dieser Frage ließ das Reichsgericht dahingestellt,ob eine fortgesetzte Handlung im Zivilrecht möglich ist,weil es das Verhalten des Schädigers als mehrere selbständige Handlungen würdigte.[92] In späteren Entscheidungen verneinte das Reichsgericht die Frage mehrfach [93]. In einem Falle,in dem es sich um den mehrfachen Gebrauch einer verwechslungsfähigen Firma handelte,sprach das Reichsgericht aus,mit jeder Zuwiderhandlung entstünden neue Verjährungszeiten,man könne zwar beim fortwährenden Gebrauch einer Firma nach allgemeinem Sprachgebrauch von einem "fortgesetzten Handeln" sprechen,doch seien die zivilrechtlichen Wirkungen und Bedürfnisse andere als im Strafrecht,so daß der Begriff der fortgesetzten Handlung mit seinen spezifischen Wirkungen nicht in das Zivilrecht übernommen werden könne.[94] In anderen Entscheidungen bejahte das Reichsgericht die Übernahme des Begriffs dann doch wieder,[95] jedoch verneinte es in einer grundsätzlichen und ausführlich begründeten Entscheidung die Frage dann schließlich doch.[96] Es meinte: für das bürgerliche Recht könnten Schadensfolgen nicht als eine einzige Handlung gelten,wenn auch die einzelnen Handlungen auf einen einheitlichen Entschluß zurückgingen,gleichartig seien und sich zeitlich mehr oder weniger unmittelbar aneinander anschlössen.Es handele sich nicht um eine Fortdauer schädigender Einwirkungen einer und derselben Handlung,sondern um Wiederholungen der schädigenden Handlung selbst,die mit neuen Schädigungen verbunden seien.Deshalb laufe die Verjährungsfrist für den Schadenersatzanspruch aus jeder Einzelhandlung besonders.Die Schaffung des Begriffs der fortgesetzten Handlung sei ein künstliches Gebilde,das einem Bedürfnis der Rechtsprechung in Strafsachen entsprungen sei,insbesondere im Hinblick auf den Verbrauch der Straf-

---

92) RGZ 49,20. 93) MuW XIX,227; XXXI,276; XXXIX,97; XIV,227; GRUR 1940,572; DR 1940,2176; LZ 1919,322. 94) RGZ 80,436. 95) MuW XV,358. 96) RGZ 134,335.

klage und die Verjährung. Im bürgerlichen Recht fehlten jene Umstände,die im Strafrecht in gewissem Umfang zu Gunsten des Täters berücksichtigt werden sollten in Anknüpfung an die Tatsache der gesetzlichen Regelung des "anderen Falles",nämlich des Vorliegens mehrerer selbständiger strafbarer Handlungen im § 74 StGB.Es sei nicht einzusehen,weshalb bei einer schadenstiftenden Handlung Beginn und Ende der Verjährung anders behandelt werden sollten,je nachdem, ob diese Handlung die einzige geblieben sei oder ob ihr noch andere als Ausfluß eines einheitlichen Entschlusses gefolgt seien.

Die entgegengesetzte Auffassung vertrat das Reichsgericht in der Frage,ob für eine Klage aus unerlaubter Handlung das Gericht,in dessen Bezirk ein Teil der Preßerzeugnisse vertrieben wurde,zuständig für die Geltendmachung des gesamten Schadens ist,der aus der einheitlichen Handlung des Vertriebs auch an anderen Orten dem Geschädigten entstanden ist. Während sich das Reichsgericht zunächst noch wie bei der Verjährung des Schadensersatzanspruchs gegen die Anwendbarkeit der fortgesetzten Handlung im Zivilrecht ausgesprochen hatte,[97] entschied später der Große Zivilsenat des Reichsgerichts anders.[98] Er meinte,der Begriff der Handlung sei in § 7 StPO und § 32 ZPO derselbe,ebenso der Begriff des örtlichen Begangenseins. Setze sich eine Handlung aus einer Reihe von Tatbestandsmerkmalen zusammen oder aus einer Reihe von Handlungen in der Art,daß erst diese Reihe von Handlungen dasjenige Tun bilde, aus dem jemand haftbar gemacht werde, so komme jedem dieser einzelnen Momente und jedem der einzelnen Bestandteile der (Gesamt-) Handlung grundsätzlich die gleiche Bedeutung zu. Nur die gesamte Tätigkeit,die im Einzelfalle die Handlung bilde,sei die in Frage kommende unerlaubte Handlung. Die Einzelhandlungen seien nur Bestandteile,nur einzelne Ausführungs- oder Betätigungsakte der Handlung selbst.Eine quantitative oder qualitative Teilung der Handlung und ihrer Wirkungen würde nicht mehr die zum Gegenstand der Klage gemachte Handlung sein. Man würde dem Verhalten des Täters

97) RGZ 60,364. 98) RGZ 72,43.

Gewalt antun,wenn man alle seine Einzelhandlungen - das Verbreiten einer Druckschrift,das Inverkehrbringen von Waren an verschiedenen Orten - jede für sich allein als die unerlaubte Handlung in Betracht ziehen wollte.

Auch der Bundesgerichtshof hat sich mit der Frage der Anwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung im Zivilrecht beschäftigt und die Frage in einem Falle bejaht,in einem anderen Falle verneint.In dem einen Falle hatte der Beklagte sowohl vor als auch nach der Währungsreform vertragswidrig gehandelt und dadurch die vertraglich bedungene Vertragsstrafe nach § 339 BGB verwirkt.Der BGH verneinte die Umstellung der Strafe 10:1 und meinte,das vertragswidrige Verhalten,das sich in einer Vielzahl von einzelnen Teilakten widerspiegele,sei unter entsprechender Anwendung der im Strafrecht ausgebildeten Grundsätze über den Begriff der fortgesetzten Handlung als ein einheitlicher Verstoß zu betrachten,der nur einmal die Verwirkung der bedungenen Strafe zur Folge habe.[99] In einem anderen vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall [100] hatte ein Kaufmann über mehrere Jahre Volkswagenverkäufe getätigt,in denen die Strafkammer einen fortgesetzten Betrug erblickt hatte.Seine Ehefrau hatte zu einzelnen Verkäufen Beihilfe geleistet.Ein Geschädigter,in dessen Falle die Ehefrau nicht mitgewirkt hatte,nahm diese auf Schadensersatz in Anspruch.Während das Berufungsgericht die Ehefrau mit der Erwägung verurteilt hatte,sie habe Beihilfe zum Gesamtkomplex des fortgesetzten Betruges geleistet,wies der Bundesgerichtshof die Klage ab und meinte: die §§ 823 Abs.2 ,830 Abs.2 BGB verwiesen zwar auf Vorschriften und Begriffe des Strafrechts, so daß eine strafrechtliche Beurteilung des Sachverhalts erfolgen müsse, doch erscheine es nicht angängig,den Begriff des fortgesetzten Verbrechens,der gerade typisch strafrechtlichen und strafprozessualen Bedürfnissen seine Entstehung verdanke,ohne weiteres auf das bürgerliche Recht zu übernehmen.Dieses knüpfe die Schadensersatzpflicht an das Vorliegen näher umschriebener Eingriffe in die Rechtsgüter des Geschädigten,

---

99) LM zu § 339 BGB. 100) NJW 1954,1033 unter Berufung auf RG LZ 11,785 und Seuff.Arch. 87,184,die jedoch zu der hier interessierenden Frage keine Stellung genommen hatten, sondern zur Annahme einer Zuwiderhandlung nur im Wege der Vertragsauslegung gekommen waren.

dabei sei zwar die innere Einstellung des Eingreifenden insoweit von Bedeutung,als Vorsatz oder Fahrlässigkeit festgestellt werden müsse; ob aber bei mehreren gleichartigen Eingriffen ein einheitlicher Gesamtvorsatz des Täters vorgelegen habe,sei für die Regelung der Schadensersatzpflicht ohne Interesse,wenn nicht im Einzelfalle erst der Gesamtvorsatz das Verhalten als sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB kennzeichne.Unter Berufung darauf,das Reichsgericht habe die fortgesetzte Handlung im Zivilrecht stets abgelehnt,lehnt auch der Bundesgerichtshof die Übernahme des Begriffs in das Zivilrecht ab. In seiner Entscheidung vom 20.9.1960 hat der Bundesgerichtshof sich erneut mit der Frage der Anwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung im Zivilrecht beschäftigt.[101] Der BGH meinte,ebenso wie im Strafrecht bestehe im Zivilrecht ein unabweisbares Bedürfnis,Einzelakte zu einer Einheit zusammenzufassen; eine Zusammenfassung von Fortsetzungstaten sei möglich,wenn der Vertrag dies zulasse.

Eine einheitliche Auffassung hat sich in der Rechtsprechung zur Frage der Übernahme des Begriffs der fortgesetzten Handlung in das Zivilrecht offensichtlich nicht gebildet.Der Hinweis des BGH [102] auf die angeblich ständige Ablehnung des Begriffs durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts geht fehl,weil ebensoviele Entscheidungen bekannt sind,die sich für die Anwendung der fortgesetzten Handlung ausgesprochen haben.

6. Kapitel

Das Schrifttum

Das Problem der fortgesetzten Handlung hat in der Strafrechtslehre eine unübersehbare Fülle von Schriften auf den Plan gerufen.Umso weniger ist die Frage im Zivilrecht behandelt worden. Baumbach [103] hält die fortgesetzte Handlung für anwendbar.Er meint,wenn jemand monatelang durch dieselbe unzulässige Behauptung dasselbe Unter-

---

101) NJW 1960,2332. 102) NJW 1954,1033. 103) Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,6.Aufl.Allgemeine Einleitung S.76.

nehmen verletze,dann gehe es nicht an,hundert oder mehr selbständige Handlungen anzunehmen,vielmehr liege bei gleichartigen Handlungen,die demselben Entschluß entflössen,eine einheitliche,sich aus entsprechend vielen Teilen zusammensetzende Handlung und damit eine einheitliche Zuwiderhandlung vor.Das sei keine künstliche Konstruktion, sondern lebensnahe,notwendige Auffassung.Hier liege nie ein neuer Entschluß vor,sondern nur ein Beharren bei dem einmal gefaßten.Auch Fuld [104] ist der Meinung,der Begriff der fortgesetzten Handlung gehöre nicht allein dem Strafrecht an; ein deliktisches Tun könne ein straf- und ein zivilrechtliches Unrecht sein; es sei nicht einzusehen, weshalb nicht zahlreiche zivilrechtliche Delikte sich ebensowohl als Verkörperungen desselben einheitlichen Unrechtswillens in Richtung auf dasselbe Rechtsinteresse charakterisieren sollten wie beim strafrechtlichen Unrecht.Auch Doerr [105] befürwortet die Anwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung im Zivilrecht.Von seiner Auffassung ausgehend,daß das fortgesetzte Delikt keine Fiktion einer Handlungseinheit,sondern tatsächliche Handlungseinheit sei, gelangt er konsequenterweise zu der Annahme,daß die fortgesetzte Handlung kein spezifisch strafrechtlicher Begriff sei. [106]

Gegen die Anwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung ist vor allem vorgebracht worden,die Übernahme

---

104) GRUR 1905,213. 105) a.a.O. S.77 ff. 106) Für eine Anwendbarkeit im Zivilrecht auch Seligsohn,Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnung,Berlin 1925 S.233 f; Pinzger-Heinemann,Das deutsche Warenzeichenrecht,Berlin 1926 S.287; Pinner,Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs,Berlin 1903 S.142 ff; für eine eingeschränkte Anwendung nach den Umständen des Einzelfalles haben sich ausgesprochen: Müller,Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs,4.Aufl. S.200 Nr.7; Schmid,Die Gesetze zum Schutze des gewerblichen Eigentums,Berlin 1897 S.355; Hauß,Das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs,Hannover 1896 S.97; Engel,Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs,Berlin 1896 S.21; Roeren-Bachan, Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs,Leipzig 1900 S.121; auch Finger,Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs,Berlin 1897 S.153,der meint: jede Aufstellung und jede eine Verbreitung im Sinne des unlauteren Wettbewerbs enthaltende Mitteilung bilde eine selbständige Zuwiderhandlung,eine fortgesetzte Handlung könne jedoch angenommen werden beim Aushängen eines Plakats,beim Aufmalen eines alten Schildes mit denselben unrichtigen

verbiete sich schon aus dem Grunde,weil die zivilrechtliche Folge der unerlaubten Handlung in keine Parallele zum Strafrecht gebracht werden könne.Diejenigen,die den Begriff in das Zivilrecht einführen wollten,erstrebten nicht etwa eine Verkürzung des Ersatzes der Schäden aus den einzelnen Handlungen; jede Handlung,die zu ihrem Teil schädlich wirke, begründe auch einen Schadensersatzanspruch.So erscheine die Annahme eines fortgesetzten Delikts im Zivilrecht ebenso widerspruchsvoll wie zwecklos; denn der Begriff bestehe gerade darin,daß die einzelnen Handlungen nicht in Betracht kämen und keine selbständigen Wirkungen erzeugten. [107] Auch wird eingewendet,im Strafrecht begründe die Entscheidung über auch nur eine der Einzelhandlungen der fortgesetzten Handlung die Rechtskraft für das gesamte Vergehen. Diese begriffliche Folge sei im Zivilrecht durch den § 322 ZPO völlig ausgeschlossen.Die zivilprozessuale Rechtskraft könne sich nur auf den jeweils geltendgemachten Schadensbetrag beschränken.Auch seien die Grundsätze des fortgesetzten Delikts auf die Einrede der Rechtshängigkeit nicht anwendbar. [108]

Gegen die Übernahme wird weiter geltendgemacht,einzelne Voraussetzungen,an deren Vorliegen im Strafrecht eine fortgesetzte Handlung geknüpft werde,könnten im Zivilrecht gar nicht vorkommen,so zum Beispiel einheitlicher Vorsatz. Vor allem Reimer [109] hat darauf hingewiesen,daß der Vorsatz kein notwendiges Tatbestandsmerkmal des zivilrechtlichen Tatbestandes sei; für den Unterlassungsanspruch spiele der Vorsatz überhaupt keine Rolle,für den Schadensersatzanspruch reiche Fahrlässigkeit aus.Die Gefährdungsdelikte sähen von der subjektiven Seite her Feststellungen überhaupt nicht vor,so daß das wesentlichste Merkmal der fortgesetzten Handlung,die Einheitlichkeit des Vorsatzes

---

Angaben und bei Wiederholung derselben Zeitungsannonce; diese Handlungen riefen nur e i n e n Anspruch hervor und e i n e Verjährung.Ob das eine oder andere der Fall sei,sei Tatfrage (a.a.O.S.300).Gegen eine Übernahme Reimer,Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,2.Aufl. §107 Anm.5 und GRUR 1932,670; Salinger LZ 1919,126,174; Osterrieth,Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, 1896 S.21. Für eine Übernahme haben sich auch Rathenau, GRUR 1905,352 und Rosenthal LZ 1918,676 ausgesprochen.
107) Salinger a.a.O. 108) Salinger a.a.O. S.126,174 ff.

dort überhaupt keine Bedeutung habe.Auch knüpfe das Zivilrecht den Schadensersatzanspruch nicht allein an das Vorliegen einer unerlaubten Handlung,sondern vor allem auch an das Vorliegen eines Schadens.Wollte man unter diesen Umständen unter Anwendung des strafrechtlichen Begriffs der fortgesetzten Handlung nur e i n e Rechtsfolge entstehen lassen,so müßte man hier von fortgesetzten Tatsachen sprechen,weil der Schaden eine Tatsache,und keine Handlung sei.

Die Berechtigung einzelner dieser Einwendungen wird auch von den Befürwortern der fortgesetzten Handlung im Zivilrecht nicht geleugnet.So erkennen auch Pinner [110] und Fuld [111] an,daß im zivilrechtlichen Tatbestand mitunter die objektive Seite überwiege oder sogar allein ausschlaggebend sei.Pinner hält das aber nicht für ein Hindernis,er meint,es komme bei der Anwendung des Begriffs der fortgesetzten Handlung im Zivilrecht nur auf die objektive Seite an,es sei lediglich zu untersuchen,ob objektiv eine einheitliche Handlung oder eine Mehrheit von Handlungen vorliege; welches von beiden der Fall sei,sei Tatfrage. Habe der Täter eine Handlung begangen,deren Wirkung sich auf längere Zeit erstrecke,liege eine einheitliche Handlung vor. Die gleiche Auffassung vertritt Fuld,nur mit dem Unterschied,daß er nicht wie Pinner in allen Fällen die objektive Seite der Handlung allein für ausschlaggebend hält, sondern nur dort,wo das Gesetz einen Anspruch weder an den Nachweis des Vorsatzes noch an den der Fahrlässigkeit knüpft,wie zum Beispiel bei allen negatorischen Ansprüchen. Wo jedoch das Schuldmoment eine wesentliche Voraussetzung für den Anspruch bilde,meint Fuld,könne von der Berücksichtigung der Einheitlichkeit des Entschlusses für die Annahme einer Einheitshandlung nicht abgesehen werden.Doerr [112] wiederum meint,daß in Fällen,in denen das Zivilrecht vom Erfordernis des subjektiven Schuldmoments absehe und Rechtsfolgen nur an bloße Tatsachen knüpfe,nämlich an die objektive Interessenverletzung oder Rechtswidrigkeit,für die Anwendung des Begriffs der fortgesetzten Handlung kein

---

109) GRUR 1932,670. 110) a.a.O. S.142,300.111) a.a.O. S. 213. 112) a.a.O. S.80.

Raum sei.In allen anderen Fällen,in denen die Ansprüche Verschulden voraussetzten,könne und müsse auch eine Anwendung der im Strafrecht entwickelten Grundsätze für das Zivilrecht insoweit erfolgen.

Abschnitt C

7.Kapitel

Die fortgesetzte Handlung im Recht der unerlaubten Handlungen

I. Die Frage der Anwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung tritt im Wettbewerbs-und Warenzeichen - recht,im Vereinsrecht,im Recht der Vertragsstrafe und überall dort,wo Rechtsfolgen an Handlungen geknüpft sind.Nicht zuletzt die überragende Bedeutung des zivilrechtlichen Deliktsrechts und seine Ähnlichkeit mit dem Strafrecht rücken das Deliktsrecht in den Mittelpunkt der Betrachtung.

Bei der Frage,ob die Fiktion einer Handlungseinheit auch auf dem Gebiet des zivilrechtlichen Deliktsrechts bei Vorliegen derselben Voraussetzungen gerechtfertigt ist,unter denen im Strafrecht mehrere Einzelhandlungen als e i n e Handlung angesehen werden,tritt zunächst einmal das allge - meine Bedenken auf: wenn schon im Strafrecht selbst außerordentlich umstritten ist,unter welchen Voraussetzungen eine fortgesetzte Handlung angenommen werden kann,wie kann für das Zivilrecht entschieden werden,ob bei Vorliegen derselben Voraussetzungen der Begriff der fortgesetzten Handlung angewendet werden kann? Wird man nicht schon deswegen die Übernahme ablehnen müssen? Daß es zulässig ist,im Strafrecht mehrere Handlungen zu einer rechtlichen Handlungseinheit zusammenzufassen,ist nicht bestritten.Folglich kann die Frage auch nur lauten,ob das auch im Zivilrecht zulässig ist.Welches die Zusammenhangsmerkmale der fortgesetzten Handlung sind,ist von sekundärer Bedeutung;dabei ist es sicherlich naheliegend,an die strafrechtlichen Voraussetzungen anzuknüpfen.Aus dem Meinungsstreit über die Zusam - menhangsmerkmale im Strafrecht kann nur die Folgerung gezogen werden,dass dieser dann auch auf dem Gebiete des Zivilrechts zu führen ist,nicht jedoch kann man daraus schon ein Argument gegen die Übernahme des Begriffs in das

Zivilrecht gewinnen.

II. Die Voraussetzungen der fortgesetzten Handlung im Strafrecht sind,wie gezeigt [113], nach der überwiegend vertretenen Auffassung: Einheitlichkeit des Vorsatzes,Gleichheit des verletzten Rechtsguts und Gleichartigkeit der Begehungsakte. [114]

a) Einheitlichkeit des Vorsatzes. Gleichgültig,ob man für die fortgesetzte Handlung einen Gesamtvorsatz [115] fordert oder einen Fortsetzungsvorsatz ausreichen läßt [116], besteht die Schwierigkeit,daß die Zivilrechtsordnung in manchen Fällen die Schadensersatzpflicht oder eine andere Rechtsfolge überhaupt nicht an das Verschulden knüpft,wie zum Beispiel in den Fällen der Gefährdungshaftung.Wie sollte der Zivilrichter verpflichtet sein,Ermittlungen über das Vorliegen eines einheitlichen Vorsatzes anzustellen,wenn die Haftung ohne Verschulden eintritt.So müßte der Zivilrichter umfangreiche Ermittlungen anstellen,um zu prüfen,ob ein einheitlicher Vorsatz vorliegt,obwohl er,auch ohne daß ein solcher gegeben ist,verurteilen müßte.Ein solches Verfahren

---

113) Seite 7 Anm.21 und Seite 11. 114) Schönke-Schröder, Vorbemerkungen III 2 b vor § 73; Kohlrausch-Lange,Vorbemerkungen II B vor § 73; Dalcke-Schäfer,Anmerkung 2 c zu § 74; Schwarz,Vorbemerkungen 3 A vor § 73; Maurach,Strafrecht Allgemeiner Teil S. 584; Mezger StuB I S.260; Olshausen, Kommentar zum StGB,11.Aufl. 1927 § 73 N 8; Jagusch in Leipziger Kommentar,Vorbemerkungen B III 2 vor § 73; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I (1881) S.662; Honig,Studien S.62 ff; Doerr a.a.O. S. 89ff,109ff,155ff; Binding,Handbuch I (1885) S.545: Roth-Stielow NJW 1955,451; H.Mayer,Strafrecht Allgemeiner Teil 1953 S.409; vgl.ferner die oben S.7 Anm.21 angegebene Literatur.Ferner BGH LM Vorbemerkung vor § 73 StGB Nr.7 und Nr.16; LM Vorbemerkungen vor § 73 StGB Nr.4 und Nr.5 (Gesetzeseinheit); BGH NJW 1955,394; vgl.auch Schirmeyer a.a.O. S.56 ff,der sich allerdings gegen das Erfordernis des Gesamtvorsatzes ausspricht,aber sich gegen das Erfordernis des einheitlichen Vorsatzes nicht schlechthin wendet,vgl.S.69. 115) vgl.die oben Seite 10 Anm. 38 angegebene Literatur,sowie die Anm.114 angegebene Rechtsprechung des BGH. 116) vgl.die oben Seite 10 Anm. 39 angegebene Literatur; ferner: Maurach,Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,1958 S.584; es genüge,daß der Täter den gleichen oder einen ähnlichen Handlungsentschluß unter der motivierenden Wirkung gleicher oder wesentlich gleicher Umstände erneuere.Vgl.ferner von Hippel II S.543; M.E.Mayer S.171; Welzel,Strafrecht S.192; KG JR 1950,405; OGH 1,347; Koch NJW 1956,1267.

könnte gegen § 300 ZPO verstoßen.Auch Reimer [117] hat auf das Bedenkliche dieses Verfahrens hingewiesen.Ähnliches gilt auch in den Fällen,in denen für den Eintritt der Rechtsfolge Vorsatz o d e r Fahrlässigkeit gegeben sein muß; folgt man der herrschenden Meinung,wonach eine fortgesetzte Handlung in fahrlässiger Begehung unmöglich ist,müßte der Richter Vorsatz prüfen,obwohl Fahrlässigkeit genügt. Indes zwingen diese Bedenken nicht dazu,die Übernahme des Begriffs der fortgesetzten Handlung in das Zivilrecht zu verwerfen.Man könnte sie,worauf Doerr [118] hinaus will,auf die Fälle beschränken,in denen die Haftung Verschulden voraussetzt.Man könnte auch,was Pinner [119] und Fuld [120] erstreben,an eine mindestens entsprechende Anwendung der strafrechtlichen Grundsätze über die fortgesetzte Handlung denken.

Hinsichtlich der ersten der aufgezeigten Möglichkeiten fragt man sich allerdings,aus welchem Grund eine unterschiedliche Beurteilung vorgenommen werden soll,je nachdem, ob das Gesetz zum Eintritt einer Rechtsfolge Verschulden verlangt oder nicht.Warum soll der ohne Verschulden Haftende schlechter gestellt werden als derjenige,der ein Unrecht schuldhaft begangen hat? Warum soll -vom Boden der herrschenden Meinung aus gesehen - der fahrlässig Handelnde, dessen Handlung einen geringeren Grad von Unrecht darstellt, schlechter dastehen als der vorsätzlich Handelnde? Diese Bedenken zwingen aber nicht unbedingt zu einer Verwerfung der Übernahme des Begriffs in das Zivilrecht.Auch im Strafrecht wird vorwiegend die Annahme einer fortgesetzten Handlung in fahrlässiger Begehungsform verworfen, [121] obwohl der Unrechtsgehalt einer fahrlässigen Tat gegenüber einer vorsätzlich begangenen wesentlich geringer ist.Aber vom Unrechtsgehalt her darf die Anwendbarkeit der fortgesetzten Handlung nicht beurteilt werden,wie denn auch der Satz in dubio pro reo nicht in dem Sinne anzuwenden ist,daß im Zweifel eine fortgesetzte Handlung zugrundegelegt werden

---

117) GRUR 1932,670. 118) a.a.O. S.71,79 f. 119) a.a.O. S.17. 120) GRUR 1905,213. 121) vgl.oben Seite 10 Anm.43.

muß. [122]

Gleichgültig,wie man sich zu den aufgezeigten Möglichkeiten stellt,kann man eines sagen: die generelle Unbrauchbarkeit des einheitlichen Vorsatzes als Zusammenhangsmerkmals schließt die fortgesetzte Handlung im Zivilrecht nicht notwendig aus.

b) Gleichheit des verletzten Rechtsguts. [123] Gegen die generelle Brauchbarkeit auch dieses Zusammenhangsmerk - mals im Zivilrecht bestehen Bedenken.Eines steht fest: selbst wenn die Anwendbarkeit der fortgesetzten Handlung im Deliktsrecht unterstellt wird,hat das jedenfalls nicht die Folge,daß bei Verletzung von Rechten verschiedener Personen durch eine und dieselbe fortgesetzte Handlung nur eine einzige Schadensersatzverbindlichkeit entsteht.Es erwachsen vielmehr so viele Rechtsfolgen,als Personen in ihren Rechten verletzt worden sind. So weist auch Salinger [124] darauf hin, daß diejenigen,die den Begriff in das Zivilrecht einführen wollen,nicht etwa eine Verkürzung des Ersatzes der Schäden aus den einzelnen Handlungen erstrebten; wenn Salinger meint,die fortgesetzte Handlung bestehe gerade darin,daß die Einzelhandlungen keine selbständigen Rechtsfolgen er - zeugen sollen,so übersieht er folgendes: auch im Strafrecht wird eine fortgesetzte Handlung bei Vorliegen der üblichen Voraussetzungen nicht immer angenommen.Die Rechtsprechung [125] hat die Annahme einer fortgesetzten Handlung immer dann abgelehnt,wenn mehrere höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen verletzt wurden.Sie hat das damit begründet, das Rechtsempfinden verbiete es ,unter Erweiterung der bisherigen Übung Verbrechen gegen die Persönlichkeit (Leben, Gesundheit,Freiheit,Ehre,sittliche Reinheit) als fortge - setzte Handlung zuzulassen. [126]

---

122) RGSt 75,209; ferner Jagusch in Leipziger Kommentar Vorbemerkungen B III 2 ff und die dort angeführte Rechtsprechung des BGH; ferner OLG Bamberg HESt 1,258; OLG Hamm NJW 1953,1724; OLG Braunschweig NJW 1954,973; Schwarz,StGB 20.Aufl. 1957 Vorbemerkungen 3 A vor § 73. 123) siehe die oben S.7 Anm.22 angegebene Literatur; ferner Maurach, Strafrecht,Allgemeiner Teil,1958 S.584 ff (585); RGSt 70, 145,284; 72,257; 75,207; RG DR 1939,1507; OGH 1,152; BGH NJW 1953,1034. 124) LZ 1919,126,174. 125) siehe oben S.8 Anm.27. 126) RGSt 70,243; Schwarz a.a.O. Vorbemerkungen 3 vor § 73.

Das gleiche kann auch für das Zivilrecht angenommen werden; denn der Grund, der im Strafrecht eine "Summierung" höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen verbietet, ist letztlich derselbe, der für die Zubilligung so vieler Rechtsfolgen maßgebend ist, als Personen in ihren subjektiven Rechten verletzt sind. Im Strafrecht ist aber auch bei mehrfacher Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter derselben Person bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen sehr wohl eine fortgesetzte Handlung angenommen worden.[127] Wenn das aber so ist, erscheint es nicht ausgeschlossen, daß auch im Zivilrecht eine fortgesetzte Handlung jedenfalls dort angenommen wird, wo mehrere Rechtsgüter derselben Person verletzt worden sind oder dasselbe Rechtsgut derselben Person mehrmals verletzt worden ist. Gerade das wollen ja die Vertreter der Auffassung, dass die fortgesetzte Handlung auch im Zivilrecht anwendbar ist. Daraus folgt, daß Salingers Argument [128], die Übernahme des Rechtsinstituts der fortgesetzten Handlung in das Zivilrecht verbiete sich, weil sie widerspruchsvoll und zwecklos sei, in keiner Weise begründet ist. Unter Beachtung der strafrechtlichen Rechtsprechung zur mehrfachen Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter derselben Person muß man vielmehr davon ausgehen, dass das Zusammenhangsmerkmal der Gleichheit des verletzten Rechtsguts auch als Zusammenhangsmerkmal einer fortgesetzten Handlung im Zivilrecht durchaus brauchbar ist.

c) Gleichartigkeit der Begehungsakte. Das gegen die Verwertbarkeit dieses Zusammenhangsmerkmals bestehende Bedenken ist folgendes: für die Schadensersatzverbindlichkeiten sind die Umstände, unter denen gehandelt worden ist, kaum erheblich. Im wesentlichen besagt das Erfordernis der Gleichartigkeit der Begehungsakte, daß dieselbe Verbotsnorm verletzt sein muß. Für die zivilrechtliche Beurteilung ist dies jedoch nicht erheblich, weil die Deliktstatbestände keine Abstufung des Unrechts kennen, so daß es für die Schadensersatzverbindlichkeit einerlei ist, ob der Täter einen Mord oder eine Sachbeschädigung begangen hat. Aber auch dieser Umstand würde nicht ausschließen, daß das Erfordernis der Gleichartigkeit der Begehungsakte in der gleichen

127) BGH NJW 1954, 1209. 128) a.a.O. S. 126, 174 ff.

oder mindestens ähnlichen Form wie im Strafrecht auch im Zivilrecht Bedeutung haben könnte.Aus der Gleichwertigkeit des Unrechts im Zivilrecht folgt keineswegs,dass die fortgesetzte Handlung dort nicht anwendbar ist.

Weder der Hinweis auf die Meinungsverschiedenheit über die Zusammenhangsmerkmale der fortgesetzten Handlung noch der Umstand,daß einige der Zusammenhangsmerkmale im Zivilrecht nicht verwertbar sind,liefern ein wirksames Argument gegen die Unanwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung im Zivilrecht.Man brauchte nur andere Zusammenhangsmerkmale zu postulieren oder einige Tatbestände auszunehmen.Auf der oberflächlichen Ebene der Zusammenhangsmerkmale ist die Frage nach der Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit der fortgesetzten Handlung im Zivilrecht nicht zu beantworten.

8. Kapitel

Schadensersatz und Strafe

Im Zwangsvollstreckungsrecht der ZPO wird die fortgesetzte Handlung im Rahmen der Bestrafung eines Vollstrekkungsschuldners nach § 890 ZPO überwiegend anerkannt. [129] Dies wird damit begründet,daß die Strafe nach § 890 ZPO eine Kriminalstrafe [130], eine kriminalähnliche echte Rechtsstrafe,mindestens aber eine gemischte Strafe [131] sei,deren Funktion nicht nur in der Erzwingung der geschuldeten Unterlassung,sondern auch und vor allem in der Ahndung einer begangenen Zuwiderhandlung gegen ein richterliches Verbot bestehe.Darin wird die Rechtfertigung dafür gesehen,auf die Zuwiderhandlung strafrechtliche Grundsätze anzuwenden,besonders auch die Rechtfertigung dafür,mehrere Zuwiderhandlungen unter Zuhilfenahme des Begriffs der fortgesetzten Handlung zu einer Handlungseinheit zusammenzufassen. [132]

---

129) Vgl. Fußnote 132. 130) So KG JR 1951,217; LG Mainz, Entsch.v. 9.9.1953 - 3 T 182/53. 131) Zum Beispiel: OLG Karlsruhe NJW 1956,1077; MDR 1957,428; OLG Düsseldorf NJW 1955,506; OLG Köln MDR 1956,493; OLG Frankfurt MDR 1956,361; OLG Stuttgart MDR 1958,523; OLG Hamm MDR 1958,524. 132) So OLG Karlsruhe NJW 1956,1077; OLG Köln a.a.O.; KG GRUR 1929,1422.Anderer Ansicht OLG Rostock Seuff.Arch. 65,87

Hiervon ausgehend,läge es nahe,die Anwendbarkeit strafrechtlicher Grundsätze einschließlich des Begriffs der fortgesetzten Handlung vom Strafcharakter der in Betracht kommenden Rechtsfolge abhängig zu machen.Nun ist gewiß nicht zu übersehen,daß die Funktion des Schadensersatzes eine ganz andere als die der Strafe ist.Während die Strafe in erster Linie zur Ahndung eines begangenen Unrechts verhängt wird,[133] hat der Schadensersatz vornehmlich,wenn nicht überhaupt ausschließlich,den Zweck,einen vom Gesetz mißbilligten Zustand zu beseitigen und einen Ausgleich zu schaffen.Es ist zwar nicht zu verkennen,daß Strafe und Schadensersatz eine gemeinsame Wurzel haben,aber entsprechend der Verschiedenartigkeit der Ordnungsfunktionen der beiden Rechtsgebiete besteht heute ein tiefgreifender Unterschied von Strafe und Schadensersatz.Naturalrestitution und Wiedergutmachung sind ihrem Wesen und ihrem Zweck nach etwas anderes als Sühne,Vergeltung und Abschreckung.

Nun würde aber die Verschiedenartigkeit von Strafe und Schadensersatz noch kein Beweis dafür sein,daß nicht auch bei der Beurteilung des die Schadensersatzrechtsfolge auslösenden Tatbestandes strafrechtliche Grundsätze anwendbar sind.Im Gegenteil,es kann nicht zweifelhaft sein,daß auch der zivilrechtliche Deliktstatbestand nach strafrechtlichen Grundsätzen beurteilt wird,wenn es um die Frage der Täterschaft,der Teilnahme,des Vorsatzes geht.Deswegen kann auch die Verschiedenheit von Strafe und Schadensersatz kein überzeugendes Argument für oder gegen die Anwendbarkeit der fortgesetzten Handlung liefern.Entscheidend für diese Frage ist vielmehr,worauf diese Verschiedenartigkeit beruht. Deswegen ist der richtige Ansatzpunkt: wenn Strafe und Schadensersatz sich ihrem Wesen und ihrem Zweck nach unterscheiden,ist diese Verschiedenartigkeit allein in den Rechtsfolgen begründet oder beruht sie etwa auf der Verschiedenartigkeit der Tatbestände,an die Straf-und Zivil-

133) vgl. Kohlrausch-Lange,Vorbemerkungen III vor § 13: jedes Strafurteil müsse auf der Sühneidee und dem Schutzgedanken beruhen; es sei das Verhältnis von Gerechtigkeit auf der einen,Zweckmäßigkeit auf der anderen Seite,von Schuld und Sühne auf der einen,Gefährlichkeit und Anpassung bzw. Gesellschaftsschutz auf der anderen Seite.

recht die Rechtsfolgen knüpfen? Denn ergibt sich,daß der Schadensersatz wie die Strafe allein und ausschließlich Deliktsfolge bzw. Folge der Unrechtsverwirklichung ist, das zivilrechtliche Deliktsrecht sich also vom Strafrecht lediglich in den Rechtsfolgen unterscheidet,so würde es in der Tat schwerfallen,allein aus dieser Verschiedenartigkeit ein überzeugendes Argument gegen die Anwendbarkeit der fortgesetzten Handlung im zivilrechtlichen Deliktsrecht zu gewinnen. Denn ebenso wie es für die Frage,ob ein Delikt vorliegt, unerheblich ist,ob auch wirklich ein Schadensersatzanspruch besteht,ist es für die Frage des Umfangs und des Maßes von Unrechtsverwirklichung gleichgültig,welchen In - halt und welchen Umfang die Rechtsfolge hat.

Liegt die Verschiedenartigkeit von Strafe und Schadensersatz dagegen nicht in den Rechtsfolgen begründet,sondern beruht sie auf der Verschiedenartigkeit des Unrechts als Inbegriffs des Unrechtstatbestandes,eines der wichtigsten Tatbestandsmerkmale der strafbaren Handlung sowohl als des Zivildelikts,so würden sich daraus nicht nur wesentliche Gesichtspunkte für die Systematik des zivilrechtlichen Deliktsrechts,sondern vor allem auch die entscheidenden Kriterien für die Frage der Anwendbarkeit der fortgesetzten Handlung im zivilrechtlichen Deliktsrecht ergeben.

9. Kapitel

Das Unrecht

I. Der Begriff des Unrechts wird weder vom Gesetz verwendet,noch ist er ein wissenschaftlich feststehender Begriff.[134] Er ist gleichbedeutend mit Rechtswidrigkeit und Widerrechtlichkeit.[135] Wenn etwas als rechtswidrig be - zeichnet wird,so wird damit ein negatives Werturteil ausgesprochen.Das Rechtswidrigkeitsurteil ist ein rechtliches Verdammungsurteil;[136] denn mit ihm wird ausgesprochen,

---

134) Stoll-Felgenträger,Vertrag und Unrecht,1943 S. 193.
135) so statt vieler Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil, 15.Aufl. S.1286; Mezger StuB I S. 85; anderer Meinung allerdings Welzel,Strafrecht,6.Aufl. S.48,der einen Unterschied macht,dagegen Mezger in LK S.10. 136) Nagler,Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit,1911 S. 15.

daß das,worüber das Urteil gefällt wird,dem Recht widerstreitet.

1) Bedeutet "rechtswidrig" im Widerspruch zum Recht,so kann sich dieser Widerspruch gegen das subjektive oder das objektive Recht richten.Diese Streitfrage wird zutreffend in letzterem Sinne beantwortet. [137] Es wird hervorgehoben, daß das subjektive Recht ohne das objektive Recht nicht bestehen könne [138] und daß deswegen die These,die Rechtswidrigkeit richte sich gegen das subjektive Recht,[139] zugleich die Anerkennung in sich schließe,daß ein Widerspruch gegen die objektive Rechtsordnung gegeben sei. [140] Merkel [141] sagt nicht ganz zu Unrecht,sollte es möglich sein, das subjektive Recht anzugreifen,ohne das objektive mitzutreffen,so müßte jenes eine von diesem abgesonderte Existenz haben; nun bestehe aber jenes durch dieses; wer daher von einer Rechtsverletzung spreche,die keine Verletzung des objektiven Rechts sei,widerspreche sich selbst.

Die These,daß die Rechtswidrigkeit Widerspruch zum objektiven Recht bedeute,läßt sich gewiß kaum in Zweifel ziehen,wenn man bedenkt,daß eine Rechtswidrigkeit ohne Verletzung eines subjektiven Rechts sehr wohl möglich ist,es sei denn,man weitet den Begriff des subjektiven Rechts

---

137) vgl.Heinitz,Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit,1926 S.4. 138) vielfach wird geltendgemacht,daß der Begriff des subjektiven Rechts überhaupt kein konstitutiver, sondern ein determinativer Rechtsbegriff sei; vgl.W.G. Becker,Gegenopfer und Opferverwehrung,1958 S.220 und die dort Anm.225 angegebenen Autoren.W.G.Becker weist darauf hin,daß der Begriff des subjektiven Rechts nicht primär gegeben sei,sondern sich erst über eine Reihe von Hilfsbegriffen,zum Beispiel über den Begriff des Rechtsverhältnisses oder über den der Befugnis,also als Leitidee,als Prinzip oder als "konstitutiverAusdruck einer Befugnis" entwickeln lasse; der Begriff des subjektiven Rechts werde überhaupt nur im Gebiete der Rechtsanwendung verständlich,daher habe sich im amerikanischen Recht eine Theorie der subjektiven Rechte nicht entwickeln können,weil es in Equity keine institutionellen subjektiven Rechte gebe,sondern lediglich die ein Parteianliegen eventuell befriedigenden gerichtlichen Determinative der Rechtsanwendung. 139) so Binding,Normen I S.295,wonach alles Unrecht gegen subjektive Rechte laufen soll;Eltzbacher,Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht,Band I S.101; Titze,Notstandsrechte S.5 N 36;F.Schulz in Archiv für zivilistische Praxis Band 105,432; siehe weiter die bei Nagler a.a.O. S.27 angegebene Literatur. 140) Nagler a.a.O. S.27. 141) Kriminalistische Abhandlungen I S.33,vgl. auch dort S.11.

übermäßig aus,wie es Eltzbacher [142] getan hat,oder man faßt mit Binding [143] das subjektive Recht als ein solches des Staates auf Botmäßigkeit auf.Worauf Nagler [144] zu - treffend hinweist,besteht in Wirklichkeit ein so großer Gegensatz in den Anschauungen überhaupt nicht; denn diejenigen,die in der Rechtswidrigkeit einen Widerspruch zum subjektiven Recht annehmen, [145] gehen nahezu einhellig zunächst einmal auch von einem Widerspruch zum objektiven Recht aus; der Unterschied liegt lediglich darin,daß sie über diese Feststellung hinausgehen.Damit aber hat die These von der sich gegen subjektive Rechte richtenden Rechtswidrigkeit,wie Nagler [146] zutreffend hervorhebt,nur noch die Bedeutung einer speziellen Aussage über die Art,wie der Angriff gegen die Rechtsordnung einsetzt.

2) Wenn sich die Rechtswidrigkeit gegen das objektive Recht richtet,so ist aber die Frage,ob sie sich darin erschöpft.Von jeher wurde versucht,über die formal umschreibende Charakterisierung hinaus den inneren Gehalt der rechtswidrigen,besonders der strafbaren Handlung zu er - gründen. [147] So stellte erstmalig von Liszt [148] der formellen die materielle Rechtswidrigkeit gegenüber.Formell rechtswidrig ist nach ihm die Handlung als Übertretung einer staatlichen Norm,materiell dagegen die Handlung als gesellschaftsschädliches Verhalten.Dem liegt die Auffas - sung zugrunde,daß die tatbestandliche Formulierung des Unrechts nur Unrecht im formellen Sinne schaffe,aber materielles,das heißt metajuristisches Unrecht voraussetze. [149] Mit Recht weist Heinitz [150] unter Bezugnahme auf Beling [151] auf das Mißverständliche dieser Unterscheidung hin,die in

---

142) a.a.O. 143) Normen (3.Aufl.) I S.299. 144) a.a.O. S. 31. 145) vgl. oben S.40 Anm.139. 146) a.a.O. S.30. 147) Kohlrausch-Lange,43.Aufl. S.12 ff,besonders S.15; eingehend hierzu Heinitz,Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit,1926. 148) Lehrbuch des deutschen Strafrechts,12.und 13.Aufl. (1903) S.140. 149) Kohlrausch-Lange a.a.O.; Schönke-Schröder,Vorbemerkungen II vor § 51; Zim - mermann NJW 1954,908; vgl.ferner die bei Heinitz a.a.O. angegebene Literatur,insbesondere M.E.Mayer,nach dem die Pflicht,fremde Rechtsgüter nicht abnormal schuldhaft zu verletzen,auf vorrechtlichen Geboten beruhe,die dadurch rechtliche Relevanz erhielten,dass der Staat sie zur Voraussetzung einer Haftung erhebe (Kulturnormentheorie). 150) a.a.O. S. 109,ferner auch Heinitz,Festschrift für Eberhard Schmidt S. 267. 151) ZStW 44,221 ff.

der Tat den Eindruck hervorruft,als handele es sich um zweierlei Rechtswidrigkeit.In Wirklichkeit gibt es aber nur e i n e Rechtswidrigkeit,nämlich "diejenige,die durch das Rechtssystem bestimmt wird,um deren Grenzen aller Streit geht. [152] Heinitz betont [153],von einer Abkehr vom positiven Recht könne daher keine Rede sein. Gegenüber dem von Mayer [154] an die Stelle des Gegensatzes von formeller und materieller Rechtswidrigkeit gesetzten Gegensatz einer "Real- und Nominaldefinition" der Rechtswidrigkeit weist Heinitz [155] zutreffend darauf hin,daß die Realdefinition der Rechtswidrigkeit nur "durch Bezeichnung desjenigen Charakters der Handlung,um dessentwillen der Gesetzgeber sie verbietet,also ihres dem Staate schädlichen Verhaltens" gegeben werden könne,indem eben von dem normierten staatlichen Willen abgesehen werde; aus einer solchen Definition folge nichts dafür,was nun wirklich rechtmäßig oder rechtswidrig sei; denn was rechtswidrig sei, richte sich nicht danach,was für den Staat schädlich sei,[156] sondern danach,was der Staat als ihm schädlich erklärt habe; aus dem soziologischen Begriff der Rechtswidrigkeit lasse sich für deren juristische Ausgestaltung nach einem bestimmten Rechtssystem nichts entnehmen. [157] Heinitz sagt weiter, es gelte nicht,eine Realdefinition zu gewinnen,um aus ihr heraus die Rechtfertigungsgründe erschöpfend umgrenzen zu können,sondern dem stets wechselnden Rechtsinhalt seien diese zu entnehmen; dazu bedürfe es der dogmatischen Arbeit an Hand des positiven Rechts.[158]

Wenn das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit in der Lückenhaftigkeit der gesetzlich anerkannten Rechtfertigungsgründe allein wurzelt,[159] wenn es sich also nicht so sehr darum handelt,eine neben der gewohnten durch Rechtssatz begründeten Rechtswidrigkeit eine zweite in ausserrechtlichen Prinzipien sich gründende Rechtswidrigkeit zu schaffen,sondern darum,ob und nach welchen Prinzipien

---

152) Heinitz a.a.O. 153) a.a.O. 154) Der Allgemeine Teil des deutschen StGB,1925 S.173. 155) a.a.O. S.110. 156) so Sauer,Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie,1926 S.230. 157) Heinitz a.a.O. S.110. 158) Heinitz a.a.O. S.111 f. 159) Heinitz a,a.O. S.108;Kohlrausch-Lange,43.Aufl.(1961) S.17.

die ausdrücklich anerkannten Rechtfertigungsgründe aus dem Gesamtsystem des Rechts heraus der Ergänzung fähig sind,[160] fragt man sich,welchen Wert die Herausstellung einer speziellen materiellen Rechtswidrigkeit haben soll.Denn auch die Gegenmeinung leugnet nicht die Möglichkeit,Rechtfertigungsgründe über die bekannten hinaus zu entwickeln.So sagt Nagler [161], bei Bestimmung der rechtlichen Mißbilligung entscheide ausschließlich der Rechtsgedanke,zu dem sich das positive Recht bekannt habe und den es mit seiner Autorität ausgestattet habe; dieses Material sei ganz im Wege der konkreten Rechtsordnung zu interpretieren; ihr Wille sei die endgültige Entscheidungsinstanz,alles übrige sei bestenfalls Auslegungsanhalt,allerdings dürfe man nicht positives Recht mit gesetztem Recht verwechseln; [162] gerade dem ungesetzten Recht gehörten "die feinsten der Einschnürung in präzise Formeln noch spottenden und darum labileren Bestandteil der Rechtsordnung überwiesenen Materien" an; andererseits sei aber der Bestand an Rechtssätzen unumstößlich festgelegt.

So verstanden fehlt es an einem einleuchtenden Grunde, neben die durch die Normen des objektiven Rechts festgelegte einheitliche Rechtswidrigkeit noch eine besondere metajuristische oder diese an die Stelle jener zu setzen.[163] Auch Heinitz erkennt an,daß ein sachlicher Gegensatz zur Auffassung Naglers nicht bestehe.[164] Zutreffend weist auch Mezger [165] auf die materielle Bedeutung bei der Unrechtsbeschreibung im Tatbestand hin,auf den Tatbestand "als typisiertes Unrecht"; er sei sein "Realgrund",seine "ratio essendi",nicht bloß sein "Erkenntnisgrund",seine "ratio cognoscendi". [166] So kann das Wesen des Unrechts nur

---

160) Heinitz a.a.O. 161) a.a.O. S.88 f; 162) so allerdings zu Dohna,Rechtswidrigkeit S.39f. 163) Gegen eine Unterscheidung von formeller und materieller Rechtswidrigkeit auch Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil,14.Aufl. II § 209; Fischer,Rechtswidrigkeit S.110,115 Anm.10; Nagler a.a.O.; Allfeld,Lehrbuch des deutschen Strafrechts,1934 S. 118 Anm.10 mit eingehenden Literaturhinweisen.Rein positivistisch auch W.G.Becker,Gegenopfer und Opferverwehrung, 1958 S.258 f, wenn er sagt,das objektive Recht habe seine Existenz als gesetzliche,richterliche oder rechtsgeschäftliche Norm. 164) a.a.O. S. 97 . 165) StuB I S.97 ff, Lehrbuch S.197 hebt er den materiellen Unrechtsgehalt hervor,aber eben doch nur des tatbestandsmäßigen Unrechts. 166) also doch rein positivistisch.

im Widerspruch zu den Normen des objektiven Rechts selbst gesehen werden,wobei gleichgültig ist,ob das im Einzel - falle zur Beurteilung stehende Verhalten eines Menschen noch einen besonderen kriminellen Unwertgehalt hat oder sich in einem Ungehorsam gegenüber der staatlichen Norm erschöpft.Die Norm schafft das Unrecht,indem sie den Unrechtstatbestand umschreibt,das Unrecht "typisiert".[167] "Für das,was dem Recht zuwider ist,kann nichts außerhalb des Rechts Stehendes maßgebend sein; will man solche außerrechtlichen Einflüsse gelten lassen,so müssen sie erst auf die Rechtsordnung eingewirkt haben,um auf diesem Umwege auf die Rechtswidrigkeit zu wirken." [168]

3) Sind es die Sätze des objektiven Rechts allein,die das Unrecht umschreiben und an denen gemessen wird,ob etwas rechtswidrig ist,so ist von größter Bedeutung,ob die Rechtswidrigkeit eine subjektive,das heißt vom Verschulden ab - hängige,oder eine objektive,das heißt eine insbesondere vom Verschulden des Handelnden und dessen Zurechnungsfähigkeit unabhängige ist.Das Verständnis dieser Streitfrage wird dadurch sehr erschwert,daß der Begriff der objektiven Rechts - widrigkeit sehr unterschiedlich gebraucht wird; ein Zeugnis hierfür legt die von Hold von Ferneck [169] gegebene Zusammenstellung ab.Auch Nagler [170] und Oehler [171] weisen auf die terminologischen Unterschiedlichkeiten hin.Heinitz gibt die Fragestellung dahin an, "ob der Verstoß gegen das objektive Recht von der subjektiven Seite her als Unbotmäßigkeit gegen die Norm,Pflichtwidrigkeit,Ungehorsam aufzufassen ist oder ob er objektiv lediglich den Unterschied des rechtlich Gesollten von dem tatsächlich Geschehenen zum Ausdruck bringt."[172] Oehler [173] stellt die Frage,ob die Rechts - norm ein "Du sollst" oder nur ein "Es soll" enthalten,genauer,ob die Rechtsordnung den Menschen bereits bezüglich des rechtswidrigen Handelns oder erst bezüglich der Schuld anspricht.

---

167) Mezger a.a.O. 168) Fischer a.a.O. S.110. 169) Die Rechtswidrigkeit,1903 I S.399. 170) a.a.O. S. 13 Anm.2. 171) Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung,1959 S.19 Anm.20. 172) a.a.O. S.6. 173) a.a.O. S. 30 f.

Die Frage entzündete sich in praxi daran,ob der Willensunfähige Normadressat sein könne,ob der Zurechnungsunfähige rechtswidrig handeln könne.Unter Hinweis darauf, daß die Handlungen der Zurechnungsunfähigen wie die Naturgewalten jenseits der rechtlichen Wertung stünden,meinte eine weit verbreitete Lehre,notwendiger Bestandteil jedes Unrechts sei der Schuldvorwurf,Rechtswidrigkeit sei Verstoß gegen ein befehlendes Gebot des Rechts,ein schuldloses Unrecht sei undenkbar. [174] Die extrem subjektive Anschauung setzte also im wesentlichen "rechtswidrig" gleich "schuldhaft" und sah die Zurechenbarkeit zur Schuld als die vornehmste Voraussetzung für die Qualifizierung als widerrechtlich an.[175]

Demgegenüber hat eine andere vom Zivilrecht ausgehende Auffassung anerkannt,daß Rechtswidrigkeit mehr bedeute als bloßes Schuldelement.Sie geht von der Existenz schuldlosen Unrechts aus,hält aber am Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit fest.So sagt Ihering, [176] das Unrecht sei Handlung,also Verwirklichung des Willens Zurechnungsfähiger,infolgedessen schließe das objektive Unrecht zwar die Schuld,nicht aber das Willensmoment überhaupt aus.

Die Lehre von der subjektiven Rechtswidrigkeit ist fast ausschließlich auf dem Gebiete des Strafrechts entwickelt worden,weil dort die Versuchung groß ist,das Verdammungsurteil der Widerrechtlichkeit als persönliches Unwerturteil zu begreifen,während man sich im Zivilrecht über die objektive Widerrechtlichkeit so gut wie einig ist.[177] Die objektive Rechtswidrigkeit ist heute herrschende Meinung; Binding,der zunächst die Existenz eines schuldlosen Unrechts für nicht möglich gehalten hatte,erkannte letztlich die Existenz der objektiven Widerrechtlichkeit für das Zivilrecht an,wohingegen er für das Delikt,für die strafbare Handlung am Verschulden festhielt; das Delikt ist ihm schuldhafte Normwidrigkeit; alles unverschuldete Unrecht ist für ihn von den Normen her gesehen Zufall; auf dem Ge-

---

174) so vor allem Merkel,Kriminalistische Abhandlungen S.42 ff, zunächst auch Binding Normen I S.135 f. 175) Merkel a.a.O.; Jellinek,System der subjektiven Rechte,2.Aufl. S.63; Titze a.a.O. S. 6,nach dem nur das zivilrechtliche Unrecht objektiv sein kann; vor allem Hold von Ferneck a.a.O. S.276 ff. 176) Das Schuldmoment im römischen Privatrecht S.5;

biete anderer Unrechtstatbestände könne ein nicht zurechenbares Geschehen tauglicher Urheber für Unrechtstatbestände sein.[178]

4) Heinitz meint [179], damit sei das objektive Unrecht für das Zivilrecht klargestellt,allerdings sei es dies um den Preis der Lehre von der Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit,die Binding anfangs vertreten hatte [180] und auf der auch die Auffassung Merkels [181] beruhte,es gebe nur ein einziges Unrecht.Nagler folgt Binding in der Auffassung von der Verschiedenartigkeit des Unrechts,er wendet sich gegen die "gleichmacherische Lehre von der Einheit aller Unrechtstatbestände". [182] Demgegenüber hebt Heinitz hervor,wenn man das Wesen des Unrechts im Widerspruch zur Rechtsordnung sehe,wie es besonders Nagler tue,so könne man allerdings nur zu einer objektiven Auffassung der Rechtswidrigkeit gelangen,und es frage sich,welchen Wert es dann noch habe, von einer Verschiedenheit des Unrechts zu sprechen.[182 a] Nun ist allerdings nicht zu verkennen,daß Binding und auch Nagler ihre These von der Verschiedenheit des Unrechts nicht etwa in dem Sinne aufgefaßt wissen wollten,daß es eine von der Zivilrechtswidrigkeit gesonderte Strafrechtswidrigkeit gebe. Auch sie erkennen an,daß etwas,was innerhalb des Strafrechts rechtswidrig ist,auch außerhalb des Strafrechts rechtswidrig ist.Nagler betont ausdrücklich,[183] in diesem Sinne sei die Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit oder,wie Beling[184] sagt,die "Vollrechtswidrigkeit" grundsätzlich zu unterstellen.Diese Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit dürfe aber nicht dazu verführen,sie auch auf die Unrechtstatbestände zu erstrecken.[185]Aber in der Tat ist nicht recht einzusehen,warum die Anerkennung der objektiven Rechtswidrigkeit die Annahme der Verschiedenartigkeit des Unrechts in Straf- und Zivilrecht bedingt.Der Grund dürfte sein,daß Binding

---

ebenso die bei Nagler a.a.O. S.64 genannten Autoren. 177) Nagler a.a.O. S.68. 178) Normen I S.301; vgl auch die bei Nagler a.a.O. S.69 Anm.2 angegebene Literatur,ferner von Hippel II,186; Mezger StuB I S.87; Beling,Die Lehre vom Verbrechen,1906,170; vgl.ferner die bei Allfeld a.a.O. S. 117 Anm.2 angegebene Literatur. 179) a.a.O. S.9. 180) Normen (1.Aufl. 1872) S.135. 181) a.a.O. S.42ff. 182) a.a.O. S.69. 182 a) a.a.O. S.10 Anm.1 . 183) a.a.O. S.94. 184) a.a.O. S.128. 185) Nagler a.a.O. S.95.

seine Normentheorie so ganz auf das Strafrecht,auf das Delikt im Sinne einer strafbaren Handlung zugeschnitten hat.Er hat eingehend dargelegt,daß es eine Einheit von Straf- und Zivilunrecht nicht gebe,daß neben der Norm gleichberechtigt die Gewährung,neben dem Delikt als Art des öffentlichen Unrechts gleichberechtigt das bürgerliche Unrecht und die übrigen Arten des öffentlichen Unrechts und neben der Strafe die Schadensersatzverbindlichkeit stünden.[186] Das objektive Recht enthält nach Binding [187] Ge- und Verbote,die er die Normen genannt hat.Er unterscheidet das Strafgesetz von der Norm und äußert sich über deren Verhältnis zueinander dahin,daß die Norm die rechtswidrige,das Strafgesetz die verbrecherische Handlung schaffe.[188] Wenn auch Binding bei dem Gebrauch des Begriffs der Norm zunächst nur an die einem Strafgesetz zugrundeliegenden Ge- und Verbote des objektiven Rechts dachte [189] so schaffte doch diese Unterscheidung die Grundlage für die Annahme,daß es auch außerhalb des Strafrechts zwar keine strafbaren,wohl aber rechts-,das heißt normwidrige Handlungen gebe. Von Thon [190],Bierling [191] und Hold von Ferneck[192] sahen in den Normen allgemeine Rechtsge- oder verbote,mehr noch faßten sie die gesamte Rechtsordnung als nichts anderes als einen Komplex von Imperativen.[193] Wenn auch zweifelhaft erscheint,ob diese Theorie den Gegebenheiten wirklich voll gerecht wird, - der ihr stets gemachte Vorwurf,sie könne die Existenz der subjektiven Rechte nicht erklären,ist nicht wirksam widerlegt worden - hat sich doch allgmein die Erkenntnis durchgesetzt,daß der strafrechtliche Begriff der Rechtswidrigkeit sich mit dem des bürgerlichen Rechts deckt, daß auch die Rechtssätze des bürgerlichen Rechts echte Normenenthalten.Die Rechtsordnung bildet eine Einheit.Recht und

---

186) Normen I S.252ff,298ff,besonders S.478. 187) Normen I S. 7 :"Die Rechtssätze,die der Verbrecher verletzt,taufe ich Normen." 188) a.a.O. S.134. 189) a.a.O. S.7. 190) Rechtsnorm und subjektives Recht,1878 S.2,3 und 8. 191) Juristische Prinzipienlehre,1905 S.30. 192) Rechtswidrigkeit I (1903) S.98 ff; 193) Ebenso Pfersche,Methodik der Privatrechtswissenschaft 1881; Schey Grünh.Z. 7,762 ff; Schuppe,Der Begriff des subjektiven Rechts,1887 S.15 ff; Elster,Handwörterbuch der Rechtswissenschaften (Stier-Somlo-Elster) 4.Bd. 1927 S. 715 ff. Ebenso neuerdings auch Oehler a.a.O. S.21 ff,der eine eingeschränkte Imperativtheorie vertritt.

Unrecht sind allgemeine Begriffe,die nicht für jedes Rechtsgebiet einen anderen Inhalt haben können, [194] oder wie Fischer [195] sagt: " Aus der Einheit der Rechtsordnung folgt die Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit.Es gibt kein besonders geartetes Zivilunrecht.Auch das Zivilunrecht ist normwidrig,ist Ungehorsam gegen den staatlichen Willen." Auch Mezger [196] geht von der Einheit der Rechtswidrigkeit aus und meint zutreffend,das schließe jedoch nicht aus,daß das Strafrecht im Tatbestand ein Mittel geschaffen habe,ein besonderes Gebiet des Unrechts hervorzuheben und näher abzugrenzen,woran es Strafe knüpfen wolle. Bindokat [197] hat neuerdings noch einmal hervorgehoben,daß die Verschiedenheit der Zwecke von Straf- und Zivilrecht nicht zur Annahme eines verschieden gearteten Unrechts und damit zur Aufgabe des Satzes von der Einheit der Rechtswidrigkeit nötige. Hingewiesen sei auch auf Neubecker[198] und Marton [199], die beide für das Gebiet des Zivilrechts das Vorhandensein von Normen und deren Verletzung als Voraussetzung einer Schadenshaftung annehmen.Mit Recht sagt Fischer [200],die sekundären Normen, die das Verbot einer bestimmten rechtswidrigen Handlung enthielten,könnten dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehören,sie könnten sich wiederholen oder nur in einer Disziplin aufgestellt werden.[201] Habe sich das Verbotsgesetz nicht selbst eine inhaltliche Beschränkung auferlegt, so sei es gleichgültig,in welchem Teil der Rechtsordnung es aufgestellt worden sei; die verbotene Handlung sei allgemein widerrechtlich,nicht als eine inhaltliche Beschränkung sei die Rechtsfolge aufzufassen,eine Handlung könne nur mit Strafe bedroht sein,es könne aber auch nur eine Schadensersatzverbindlichkeit ausgesprochen sein.

---

194) Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil des BGB,15.Aufl. I 2 S.1278 f; Mezger StuB § 30 II und Lehrbuch S.181; von Liszt-Schmidt,25.Aufl. 1927 § 32,insbesondere Anmerkung 10; Engisch,Die Einheit der Rechtsordnung,1935; Erman-Groepper § 227 Anm.1 BGB; RGR-Kommentar zum BGB § 227 Anm.1,3; K. Schmidt,Unteilbarkeit der Rechtsordnung DRZ 1947,2o5; Merkel Kriminalistische Abhandlungen I S. 11,33,42 ff; Heinze bei von Holtzendorff I S.338; neuerdings Haase NJW 1957,1315; May NJW 1958,1262; Welzel,Strafrecht, 5.Aufl.S.44; Kern ZStrW 64,262; BAG 1,291. 195) Rechtswidrigkeit S.115. 196) StuB I S.75. 197) JZ 1958,553. 198) Festschrift für Gierke III,306. 199) Verursachungsprinzip,Verschuldensprinzip,1926 S.26. 200) a.a.O.S. 114. 201) ebenso aus-

Im übrigen ist die Einheit der Rechtsordnung auch durch spezielle Verweisungen,wie im § 823 Abs.2 BGB,gesichert.

Jede Rechtswidrigkeit enthält einen Vorwurf,mit einem bloßen Entgegenstehen gegen die Rechtsordnung ist es nicht getan. [202] Auch Kaufmann [203] ist der Ansicht,daß jede Zurechnung eines Sachverhalts den Gedanken einschließe,daß der Handelnde etwas tun oder unterlassen solle.Der gegenteiligen Auffassung,nach der die Rechtssätze überhaupt nur die Folgen eines Eingriffs regelten,wohingegen der Eingriff selbst weder rechtmäßig noch rechtswidrig,sondern farblos sei,nach der also die Rechtssätze die Anomalie des Umfangs der Einschränkung fremder Rechte nur beschreiben,nicht werten sollten,wird nicht gefolgt. [204] Um diese Lehre abzulehnen,braucht man nicht unbedingt der Imperativtheorie zu folgen; auch die Vertreter der objektiven Rechtswidrigkeitstheorie,die nicht vom subjektsbezogenen Imperativcharakter der Norm ausgehen,lehnen diese Auffassung ab.[205] Oehler [206] hat kürzlich - allerdings vom Boden einer eingeschränkten Imperativtheorie - für das Strafrecht diese Lehre mit beachtlichen Gründen verworfen.Auch W.G.Becker[207] meint unter Hinweis auf M.E. Mayer [208] ,die deutsche Strafrechtstheorie sei seit Binding jedenfalls Normentheorie und methodisch als etwas anderes nicht denkbar.Was gegen die Lehre,die Rechtssätze regelten nur die Folgen eines Eingrifs vorgebracht worden ist,gilt nicht nur für das Strafrecht, sondern auch für das Zivilrecht

Ist also auch für das Zivilrecht davon auszugehen, daß die Rechtssätze echte Normen enthalten [209] und die Rechtswidrigkeit das Ergebnis eines Wertungsprozesses ist,

---

drücklich Allfeld a.a.O. S.64; Kitzinger,Gerichtssaal,Band 55,35 ff. 202) Fischer a.a.O. S.117. 203) Logik und Rechtswissenschaft S.90 f; vgl.auch Bienenfeld,Die Haftungen ohne Verschulden,1933 S.127 und die dort angegebene Literatur. 204) vgl. Kelsen,Reine Rechtslehre,1934; F.Schulz, System der Rechte aus dem Eingriffserwerb,AcP 105,427; ähnlich wohl auch Eltzbacher a.a.O. S.298ff. 205) vgl. Nagler a.a.O. S.69 und die dort Anm.2 angegebene Literatur, ferner Oehler a.a.O. S.19 f und die S.20 angegebene Literatur. 206) a.a.O. S.21 ff. 207) Gegenopfer und Opferverwehrung,1958 S.230. 208) Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts,2.Aufl. 1923 S.418. 209) Vielfach wird angenommen,daß nicht nur die Rechtssätze,sondern auch die Rechtsgeschäfte und Richtersprüche Normen darstellten,vgl.W.G. Becker a.a.O. S.205 ff, bes. 215,220,255.

so ist jedoch nicht zu übersehen, daß das Zivilrecht Haftungstatbestände verschiedener Art umfaßt, die von der rein subjektiven Haftung über eine gemischte zur rein objektiven Haftung reichen.[210] Subjektive Haftung ist eine auf subjektives Verhalten gestützte Schuld, zum Beispiel § 823 BGB, objektive Haftung eine auf die objektive Sach- und Rechtslage gestützte Haftung, zum Beispiel die Erfolgshaftung im § 904 BGB oder die Gefährdungshaftung im § 26 GewO. Hierbei ist allerdings an erster Stelle nur an eine Haftung für Handlungserfolge gedacht. Die Zivilrechtsordnung knüpft aber Rechtsfolgen nicht immer nur an Zustände, die Handlungserfolge sind, sondern auch an Zustände, die die Folge sich ohne menschliches Zutun vollziehender Ereignisse sind. So hat der Eigentümer einer Sache einen Abholungsanspruch gegen den Eigentümer eines Grundstücks, wenn sich die Sache auf diesem Grundstück befindet, und zwar auch dann, wenn sie nicht durch menschliches Handeln, sondern durch Naturereignisse dorthin gelangt ist; ebenso hat jemand, dem gegenüber ein anderer eine Sache ohne Rechtsgrund besitzt, einen Herausgabeanspruch auch dann, wenn der Besitz ohne menschliches Zutun entstanden ist.

Geht man von einer objektiven Rechtswidrigkeitsauffassung aus, wie es die herrschende Lehre tut,[211] so bedeutet das, daß die Rechtsordnung, oder genauer die jeweilige Rechtsnorm, eben weil sie den bestehenden Zustand mißbilligt, diesen Zustand nicht nur eine objektive Haftung auslösen läßt, sondern ihn auch als rechtswidrig qualifiziert. So sagt Nagler,[212] das mit "rechtswidrig" ausgesprochene Unwerturteil bestehe in der Mißbilligung und damit in der Ablehnung des Beurteilten durch die jeweilige Rechtsnorm.[213] Die Rechtsordnung lasse nicht bloß Befehle ergehen, sondern entwerfe eine vollständige Ordnung des sozialen Lebens; so lasse sich aus den Erklärungen der Rechtsquelle

---

210) vgl. hierzu W.G.Becker a.a.O. S.286 f. 211) siehe die Zusammenstellung bei Mezger, Lehrbuch S.163 ff. 212) a.a.O. S.45. 213) ebenso Fischer, Rechtswidrigkeit S.117, 120; ferner die bei Nagler a.a.O. S.45 Anm.2 angegebene Literatur. Ebenso Mezger, Lehrbuch S.164: Unrecht sei objektive Verletzung der adresselosen Bewertungsnormen des Rechts, insbesondere auch dort Anm.3.

und aus dem Zusammenhang aller Vorschriften ein Urteil darüber gewinnen,ob ein bestimmter Vorgang von ihr verworfen werde oder nicht.Mit Zitelmann [214] und gegen Fischer [215] sagt Nagler,[216] die rechtliche Mißbilligung könne zu einem Verbot führen,müsse es aber nicht immer; wollte man die Mißbilligung in dem Verbot ganz aufgehen lassen,so würde man auf die rechtliche Qualifizierung bloßer Zustände überhaupt Verzicht leisten; denn verboten werden könne nur ein menschliches Handeln.[217] Das ist gewiß richtig, und Heinitz weist zu Recht darauf hin, [218] daß man ausgehend von der bewertenden Funktion der Norm auch von rechtswidrigen Zuständen sprechen können.[219] Hiervon ausgehend ist es auch nur konsequent,wenn man nicht nur in Bezug auf menschliches Verhalten von rechtswidrigen Zuständen spricht,sondern auch ohne Rücksicht auf das Subjekt,das den Zustand verursacht hat.[220] Das aber ist letztlich nur eine Frage der Terminologie,wenn man primär die Frage dahin stellt,was denn dasjenige ist,was im Einzelfalle von der Norm mißbilligt wird.Nagler hebt zutreffend hervor,[221] daß die Zustände, die als widerrechtlich bezeichnet werden,bald Handlungserfolge sind,bald auf Ereignisse zurückzuführen sind,die sich ohne menschliches Zutun vollziehen.Wenn durch ein Naturereignis eine Sache auf das Grundstück eines anderen gelangt, so ist für den Herausgabe-,Bereicherungs- oder Abholungsanspruch allein der Zustand selbst Gegenstand der Bewertung. Das Naturereignisse steht als Ursache außerhalb der rechtlichen Bewertung.Knüpft die Rechtsordnung eine Rechtsfolge an einen Zustand nur dann,wenn dieser durch menschliches Handeln herbeigeführt worden ist,so ist Gegenstand der Bewertung mindestens auch die menschliche Handlung selbst. Gleichgültig,welchen Standpunkt man in der Auffassung der Norm und in dem,was Rechtswidrigkeit ist,einnimmt,kann nicht geleugnet werden,daß ein tiefgreifender Unterschied besteht,ob ein Zustand schlechthin mißbilligt oder ob seine Herbeiführung mißbilligt wird.Wenn man nun nicht der Impe-

214) AcP 99 S. 5 N5. 215) a.a.O. S. 16,120. 216) a.a.O. S. 47. 217) ebenso Mezger,Lehrbuch S. 164. 218) a.a.O. S. 15. 219) vgl.auch Fischer,Rechtswidrigkeit S.98 ff; Nagler a.a.O. ; Beling a.a.O. S.170; siehe auch die bei Heinitz a.a.O. S. 15 Anm.3 angegebene Literatur. 220) Heinitz a.a.O. S.15. 221) a.a.O. S.51.

rativtheorie [222] folgen will, nach der sich der "Rechtsimperativ" [223] an den Menschen richtet,wodurch von vornherein die Rechtswidrigkeitsbewertung auf menschliche Handlungen beschränkt wäre,so wird man doch auch vom Boden der objektiven Rechtswidrigkeitstheorien,die den Imperativcharakter der Rechtsnorm wenigstens auf der Ebene des Unrechtsurteils leugnen, zu einer der menschlichen Handlung und ihrer zentralen Bedeutung für das Straf- und Deliktsrecht eher entsprechenden Auffassung gelangen können. So meint Mezger [224], das Recht sei eine objektive Lebensordnung, es bestimme, daß gewisse Zustände des menschlichen Zusammenlebens rechtmäßig seien und daher sein sollten. Immer sei dabei an menschliches Verhalten gedacht. Die Zerstörung eines Hauses durch den Blitz sei kein rechtswidriger Vorgang. Mezger beschränkt vom Boden der objektiven Rechtswidrigkeitslehre das Rechtswidrigkeitsurteil also auf die menschliche Handlung. Das gleiche tut Eberhard Schmidt [225]. Auch er unterwirft,vom Boden der objektiven Rechtswidrigkeitslehre ausgehend, ebenfalls nur menschliche Handlungen der Bewertung. Diese Auffassung macht ihn,wie er selbst sagt, noch nicht zu einem Anhänger der Imperativtheorie,aber das Recht wird,so meint er,doch in seiner geistigen Funktion für den Menschen schärfer herausgehoben,als wenn es gleichermaßen auf menschliche Handlungen und Zustände bezogen würde. [226]

In der Tat dürfte hier der Schlüssel zur Rechtswidrigkeitslehre liegen. So geht auch Esser [227] davon aus, daß Unrecht im weiteren Sinne für das Zivilrecht nicht nur Handlungen sind,sondern alle tatbestandlich erfaßten, rechtlich mißbilligten Zustände,zum Beispiel also auch die ungerechtfertigte Bereicherung, oder Erfolge, zum Beispiel die Tatbestände der Nichterfüllung. Er sagt jedoch einschränkend mit Recht, Unrecht im rechtsdogmatischen Sinne sei jedoch nur das pflichtwidrige Verhalten (Tun oder Unterlassen), das einen solchen Zustand verursache. Wenn man

---

222) vgl. die bei Tammelo,Untersuchungen zum Wesen der Rechtsnorm,1947 S. 62 angegebene Literatur; Hold von Ferneck a.a.O.; ebenso allerdings einschränkend Oehler a.a.O. S. 21 ff, vgl. auch die dort S. 16 ff angeführte Literatur.
224) Im Gegensatz zum Pflichtimperativ oder zu der Pflichtnorm,die aus der Rechtsnorm abgeleitet ist,vgl. Mezger ,

von einer objektiven Rechtswidrigkeitsauffassung ausgeht und die Rechtswidrigkeit in dem der objektiven Bewertungsnorm Widersprechenden sieht,einer solchen Bewertung aber nur die menschliche Handlung unterwirft, [228] so wäre es keine grundsätzliche Frage mehr,ob man das Wesen des Rechtswidrigkeitsurteils im Verbot oder in der Mißbilligung sieht.Denn ist lediglich die menschliche Handlung, also die Schaffung eines bestimmten Zustandes,Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils,so ist es gleichgültig,ob man sagt,die Norm mißbillige die Schaffung des Zustandes oder sie verbiete sie.Sowohl das "Es soll" als auch das "Du sollst" der Rechtsnorm bezieht sich auf die menschliche Handlung.Es ist ein großer Unterschied,ob es heißt "Der menschliche Körper soll nicht verletzt werden" oder ob es heißt " Der verletzte menschliche Körper soll nicht sein"; hat die Norm diesen letzteren Inhalt,so mißbilligt sie zweifellos den bestehenden Zustand,aus ihr kann aber nicht abgeleitet werden,daß damit auch jede Verursachung der Verletzung mißbilligt wird; denn es ist ja für die dann begründete Rechtspflicht,den verletzten Körper zu heilen usw., völlig gleichgültig,auf welche Weise die Verletzung entstanden ist,ob sie die Folge einer Hand - lung eines anderen,die Folge eines Naturereignisses oder die Folge einer eigenen Handlung des Verletzten ist. Um zu begründen,daß auch die Verletzung selbst mißbil - ligt wird,muß die Norm lauten "der menschliche Körper soll nicht verletzt werden",das heißt durch menschliche Handlungen.So kann man von "Handlungsunrecht" und "Zustandsunrecht" sprechen.[229]

Gerichtssaal 89,239 ff und Lehrbuch S.166 Anm.6, und die den Menschen erst auf der Ebene der Schuld anspricht;vgl. hierzu auch Oehler a.a.O. S.37 Anm.66. 224) Mezger,StuB (1960) I S.86 und Lehrbuch S. 163 f. 225) von Liszt - Schmidt,AllgemeinertTeil S. 174 ff,222 ff. 226) vgl.hierzu Oehler a.a.O. S.20. 227) Schuldrecht,2.Aufl.1960 S.189. 228) so auch Zeidler,Über die Technisierung der Verwaltung, Karlsruhe 1959 S.6: Die Kategorien rechtmäßig und rechtswidrig seien wegen ihrer Verknüpfung mit dem Rechtsbegriff nur auf menschliche Verhaltensweisen anwendbar; vgl. auch Freund,Die Entwicklung des Normbegriffs von Kant bis Windelband,Berliner Dissertation 1933 S.128: " So wird die Norm zum kritischen Maßstab für Wert und Unwert,wird "Urteils - norm" und "Beurteilungsnorm".Wie sie der Typ,das Muster - bild ist,nach der die Natur wirkend gedacht wird,so bildet

Beides ist voneinander verschieden und von unterschiedlicher Qualität.Bei den unerlaubten Handlungen des bürgerlichen Rechts haben wir es ebenso wie bei den strafbaren Handlungen mit Handlungsunrecht zu tun; daß das Zivilrecht auch Fälle reiner Zustandshaftung,also Zustandsunrecht kennt,mag interessant sein für die Frage,wieweit das Unrecht reicht; daraus ist aber unmittelbar nichts für das anders strukturierte Handlungsunrecht des bürgerlichen Rechts zu entnehmen.Beim Urteil der Rechtswidrigkeit muß man immer beachten,daß es sich auf etwas beziehen muß,auf einen Vorgang oder auf eine Handlung; die Rechtswidrigkeit ist ein adjektivischer Begriff. [230)] Es ist aber qualitativ etwas anderes,ob eine Rechtsnorm einen bestehenden Zustand mißbilligt und für ausgleichungsbedürftig hält oder ob sie die Schaffung eines Zustandes mißbilligt.Damit soll nicht gesagt sein,daß der Zustand als Handlungserfolg rechtlich irrelevant ist,wenn es sich um Handlungsunrecht handelt.Aber er hat,wie noch zu zeigen sein wird,jedenfalls dort keine selbständige rechtliche Bedeutung etwa in dem Sinne,daß von der Mißbilligung eines bestimmten Zustandes durch die Rechtsordnung ohne weiteres auch auf die Mißbilligung seiner Herbeiführung geschlossen werden kann.Wenn die Rechtsordnung an die Tatsache,daß ein Gegenstand auf dem Grundstück eines anderen liegt,eine Rechtsfolge knüpft, so folgt daraus nur,daß sie den bestehenden Zustand mißbilligt,ohne daß der Fall Veranlassung dazu bieten würde, das,wodurch der Gegenstand auf das Grundstück gelangt ist, mit dem Urteil der Rechtswidrigkeit zu belegen,etwaden Sturm oder die Springflut.Und wenn jemand die Sache eines anderen ohne Recht im Besitz hat,so ist sicherlich der

---

sie auch das Ideal für die willkürliche Tätigkeit des Menschen; die Norm ist 'Bildungsnorm' und 'Wirkungsnorm' der Handlungsweisen." Auch hier ist also vornehmlich an die Handlung als das Korrelat der Norm gedacht. Ebenso neuerdings Wiethölter,Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens,Karlsruhe 1960 S.15 f,der zu Recht annimmt,daß von der Handlung isolierte Erfolge sich zwar als Veränderungen der Welt begreifen ließen,nicht aber als sinnvolle Kategorie der Unrechtsbewertung,weil anderenfalls Herzschlag und Totschlag nicht mehr unterschieden werden könnten.Er sagt: "Gerade in der Unterscheidung von menschlichem Unrecht und Naturgeschehen bewährt sich die Aufgabe der Rechtsordnung als sinnvolle Gemeinschaftsordnungzwischen Menschen.Unrecht ist sinnvoll nur menschli-

Besitz rechtswidrig,ohne daß Veranlassung bestünde,daraus den Schluß zu ziehen,daß auch die Art und Weise,wie er den Besitz erlangt hat,rechtswidrig ist.Im Rahmen der Beurteilung rechtswidriger Handlungen kommt es aber allein auf die Rechtswidrigkeit der Schaffung eines bestimmten Zustandes an.Daß die Rechtsordnung dann auch den rechtswidrig geschaffenen Zustand selbst als rechtswidrig ansieht, ist eine sekundäre Frage.

Zu einer solchen Auffassung wird man aber nur gelangen können,wenn man die zentrale Bedeutung der menschlichen Handlung anerkennt.Wenn man,wie es geschieht,von der Handlung völlig absieht und das menschliche Verhalten in den Mittelpunkt stellt,und zwar in dem Sinne,daß sowohl von der Kausalität als auch vom Willen völlig abgesehen wird, kann man zu einer solchen Unrechtsauffassung,ja praktisch zu einer Unrechtsauffassung überhaupt nicht gelangen.So ist für F.Kaufmann [231)] jeder Rechtssatz eine "Norm über menschliches Verhalten" und menschliches Verhalten sind für ihn sämtliche Zustände,sie sich auf den Menschen als ihren Träger beziehen.Kaufmann wendet sich damit von dem Handlungsbegriff völlig ab und meint,daß für die juristische Zurechnung die Entscheidung,ob eine Handlung überhaupt vorliege,nicht mehr präjudiziell sei. [232)] Weit verbreitet ist nach W.G.Becker [233)] die Verhaltenstheorie auch in der amerikanischen Rechtswissenschaft; hier werde, sagt Becker,das Verhalten als Inbegriff menschlicher Stimulus-Reaktionen,damit nicht nur gesteuerter Handlungen, sondern auch getriebener Akte (Reflexhandlungen) scharf gegen den eingeführten auf dem Willen aufgebauten juristischen Handlungsbegriff gesetzt.Gegenüber diesen Versuchen wird eingewendet,zwar lasse sich gegen die Verhaltenslehre begrifflich kaum etwas einwenden,sie vermeide alle Widersprüchlichkeiten der naturalistischen Handlungslehre,indem

---

ches Unrecht." Wiethölter sagt weiter,aus diesem Grunde habe man immer auf das Element der Handlung zurückgegriffen und auch keine Erfolgsunrechtslehre sei in Deutschland ohne dieses Element ausgekommen. - Auch Boennecke NJW 1960,1188 geht in seiner Darstellung dessen,was rechtswidrig ist,als selbstverständlich davon aus,daß nur menschliches Verhalten bewertet wird.Ebenso Zippelius NJW 1958,1707. 229) May NJW 1958,1264 trifft nicht den Kern,wenn er sich gegen einen besonderen Rechtswidrigkeitsbegriff im Deliktsrecht wendet.

sie nicht nur den "Psychologismus",sondern auch den "Kausalismus" aufgebe und den Handlungsbegriff überhaupt ablehne,aber dieser Lehre mangele die praktische Brauchbarkeit,sie gebe für eine Zurechnung keine Kriterien an die Hand.[234]

In der Tat geht diese Lehre ins Uferlose,weil sie das rechtserhebliche menschliche Verhalten nicht vom rechtserheblichen zu scheiden vermag.[235] Auch die Frage nach dem Sollen kann die Lehre nicht beantworten.Die Lehre wird aber vor allem dem nicht gerecht,was den Menschen vom Tier unterscheidet und was ihn aus der unbedingten Kausalität allen Naturgeschehens heraushebt: der Freiheit des menschlichen Willens.Mag der Handlungsbegriff in seinem Wesen noch so umstritten sein,mag er als ein naturalistischer, kausaler,sozialer,finaler aufgefaßt werden,jede Handlungstheorie muß von der Willkürlichkeit des menschlichen Verhaltens und damit von der Freiheit des menschlichen Willens ausgehen.Auffassungen,die den Begriff der Willkürlichkeit aus dem Handlungsbegriff eliminieren,wie es Maihofer[236] getan hat,verkennen,daß sie damit das wesentlichste Element der Handlung,das menschliche Element eliminieren.Damit wird der Handlungsbegriff ein "vor- oder untermenschlicher"[237] und wird im Bestreben nach einer nur äußerlichen Harmonisierung der Begriffe durch Eliminieren der wesentlichsten Begriffsmerkmale zu einem blutleeren Begriff,mit dem man nichts anfangen kann.So weist Welzel[238] zutreffend darauf hin,daß der Begriff der Willkürlichkeit für den menschlichen Charakter der Handlung schlechthin konstitutive Bedeutung hat.[239] Maurach hebt hervor,[240] daß der tatbestands-

230) Fischer a.a.O. S.95. 231) Logik und Rechtswissenschaft 1922 S. 63,64,89. 232) Kaufmann a.a.O. S.67. 233) a.a.O. S.210. 234) Armin Kaufmann,Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie,1954 S.108 f. 235) vgl. auch A.Kaufmann a.a.O. S.109 unter Bezugnahme auf Walz,Kritik der phänomenologischen reinen Rechtslehre Felix Kaufmanns,Stuttgart 1928 S.56. 236) Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem,1953 237) Welzel,Strafrecht,6.Aufl. S.27; ablehnend auch Maurach, Deutsches Strafrecht,Allgemeiner Teil,1954 S.136; ferner Lang-Hinrichsen JR 1954,88 f. 238) a.a.O. S. 27. 239) vgl.auch Callas in ZStrW 67,15 240) a.a.O. S. 125, 126,127.

apriorische Grundlagencharkter der Handlung heute anerkannt sei; unbeschadet des Streites um das Wesen der Handlung sei man sich darüber einig,daß die Handlung ihren methodischen Standpunkt außerhalb der Lehre vom Tatbestand habe,aber daß die Handlung das Fundament jedes Verbrechens,Voraussetzung jeder strafrechtlichen Wertbarkeit,Grundlage sämtlicher Erscheinungsformen des Verbrechens und aller das komplizierte Gefüge der Straftat bildenden Elemente sei.Jede menschliche Handlung steht und fällt mit der Willkürlichkeit und der Freiheit der Handlung.Es muß auch hier gelten,was Nicolai Hartmann [241] sagt: " Handeln ist dasjenige Tun,in welchem ich nicht einfach durch die Situation,in die ich geraten bin,durch meine Naturgesetzlichkeit,meine Artinstinkte und meine natürlichen Triebe bestimmt bin.Handeln setzt vielmehr voraus,daß ich noch durch etwas anderes bestimmt bin, zum Beispiel durch die Rücksicht auf das Wohl und Wehe meiner Mitmenschen.Innere Bestimmungsgründe oder die Freiheit, so oder so zu handeln, auch wenn das 'Daß' der Handlung nicht freisteht,das ist charakteristisch für das Handeln,das nur dem Menschen möglich ist." Man mag darüber streiten,ob der Handlungsbegriff rechtsapriorisch erarbeitet werden kann, sowie darüber,in welchem Umfange der Wille wesentlicher Faktor ist,an dem menschlichen Charakter der Handlung und ihrer zentralen Bedeutung kann keine Handlungslehre vorbeigehen.

6) Die für das Strafrecht und das zivilrechtliche Deliktsrecht gleichermaßen entscheidende Frage ist,wann ein bestimmter Zustand rechtswidrig herbeigeführt worden ist. In der Regel wird davon ausgegangen,daß mit der Erfüllung des objektiven Tatbestandes einer strafbaren oder unerlaubten Handlung die Rechtswidrigkeit gegeben sei.Über das Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit zueinander besteht keine Übereinstimmung.[242] Ob und inwie-

---

241) Einführung in die Philosophie,3.Aufl. 1954 S.110.

242) vgl.die von Beling begründete Lehre von der Wertfreiheit des Tatbestandes,die insbesondere von Baumgarten vertretene Lehre von der Rechtswidrigkeit als einem negativen Tatbestandsmerkmal, Aufbau der Verbrechenslehre 1913 bes. S.210 ff.Vgl. weiter die sich an Beling anlehnende Lehre, die im Tatbestand ein Indiz der Rechtswidrigkeit im Sinne eines Erkenntnisgrundes sieht,weitergehend die Lehre vom Tatbestand als typisiertem Unrecht ,vom Tatbestand als

weit wirklich die Scheidung von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit gerechtfertigt ist,kann hier dahinge - stellt bleiben.Die Frage nach dem,was wirklich dem Rechts- widrigkeitsurteil unterliegt,stellt sich so oder so,gleich- gültig,ob sie innerhalb der Tatbestandsmäßigkeit oder ein Stadium später bei der Feststellung,ob Unrechtsausschlies- sungsgründe vorhanden sind,geprüft wird.So wird das eigent- liche Problem,nämlich die Frage nach dem Wesen und den Grenzen der Rechtswidrigkeit auf diesem Wege nicht gelöst, sondern nur verschoben.

7) Geht man davon aus,daß die Erfüllung eines straf - rechtlichen Tatbestandes die Rechtswidrigkeit indiziert,[243] so besteht das eigentliche Problem der Rechtswidrigkeit darin,das Wesen dessen zu erkennen,was die Rechtswidrigkeit ausschließt,und auf der Grundlage dieser Erkenntnis die Grenze zu finden,bis zu der über die bekannten Rechtfertigungsgründe hinaus eine Handlung,die tatbestandsmäßig ist, von der Rechtsordnung nicht mißbilligt wird.Diese Situation ist im zivilrechtlichen Deliktsrecht die gleiche.Wenn § 823 BGB an die Verletzung der dort genannten Rechtsgüter eine Schadensersatzpflicht knüpft,so gibt der Gesetzgeber damit an,daß er die Erfüllung des Tatbestandes grundsätzlich als im Widerspruch zur Rechtsordnung stehend ansieht.Die Er - füllung des Tatbestandes indiziert die Rechtswidrigkeit,das heißt,sie ist grundsätzlich rechtswidrig,wenn nicht Unrechts- ausschließungsgründe vorliegen.[244] Eindeutig ist in dieser Beziehung § 823 Abs.2 BGB,der im Gegensatz zum Absatz 1 das Wort "widerrechtlich" nicht enthält.Der Grund dafür dürfte folgender sein: jeder Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs.2 BGB ist notwendig widerrechtlich.Ist die Widerrechtlichkeit der Handlung aus einem besonderen Grunde ausgeschlossen,etwa wegen Notwehr,liegt überhaupt kein Verstoß gegen ein Schutzgesetz vor.Die Widerrechtlichkeit

---

Realgrund der Rechtswidrigkeit,vgl.hierzu eingehend Mezger, Lehrbuch S.182; auch Heinitz a.a.O. bes. S.24. 243) je - denfalls in dem Sinne,daß der Tatbestand keineswegs immer die Rechtswidrigkeit beweist,diese vielmehr aus besonderem Grunde ausgeschlossen sein kann.In diesem Sinne wird "In- diz" auch von Mezger a.a.O. S.182 ff. und StuB I S.97 ver- treten. 244) Das heißt jedoch nicht,daß die Norm außer- halb des juristischen Tatbestandes zu suchen wäre,vgl. Mezger a.a.O.

wird hier nicht erst bei der Anwendung des § 823 Abs.2 BGB geprüft,sondern schon eine Stufe früher bei der Frage,ob der Tatbestand der Schutznorm rechtswidrig erfüllt ist.§ 823 Abs. 2 BGB enthält nur eine einfache Rechtsfolgenorm,keine Verhaltensnorm.

Dagegen verweist § 823 Abs. 1 BGB nicht auf andere Gesetze,die den Unrechtstatbestand umschreiben,sondern gibt selbst die Unrechtsmaterie an.Geht man von der indizierenden Funktion des Tatbestandes auch für das Zivilrecht aus,so kann man mit der herrschenden Meinung sagen: dadurch,daß der Gesetzgeber den Unrechtstatbestand umschreibe,bringe er zum Ausdruck,daß er die Verletzung der dort genannten Rechte oder Rechtsgüter in der Regel als widerrechtlich ansehe, durch den Zusatz "widerrechtlich" bringe er zum Ausdruck, daß jedoch nicht notwendig mit der Verletzung schon die Rechtswidrigkeit gegeben sei,sondern daß diese aus besonderen Gründen ausgeschlossen sein könne.[245] Geht man von diesem Regel - Ausnahmeprinzip aus,so liegt auch im Rahmen der zivilrechtlichen Deliktsvorschriften die eigentliche Problematik der Rechtswidrigkeit darin,wie weit die Ausnahmen reichen.

Unrechtsausschließungsgründe sind im Straf- wie im zivilrechtlichen Deliktsrecht zum Beispiel die Notwehr,der bürgerlich-rechtliche Notstand der §§ 228,904 BGB,der übergesetzliche Notstand [246],die Selbsthilfe des § 229 BGB, mit Einschränkungen auch die Einwilligung des Verletzten und die Wahrnehmung berechtigter Interessen [247] sowie an-

---

245) Für das Strafrecht zum Beispiel: Kohlrausch-Lange, Vorbemerkungen III vor § 1; Mezger StuB I S.109 und Lehrbuch S. 182; Allfeld,Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 119 f; Nagler a.a.O. S.17; Schönke-Schröder Vorbemerkungen II vor § 51.Für das Zivilrecht zum Beispiel: Planck-Flad, BGB, Erläuterungen II 3 zu § 823; Staudinger-Engelmann-Keidel, Erläuterungen II B zu § 823;Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil II S.915 (14.Aufl.),bes.Anm.4; BGHZ 24,21; Oertmann 3.Aufl. II 2 zu § 823; Jung,Delikt und Schadensverursachung S.18; Esser,Schuldrecht,2.Aufl. S.190,840; RGRKommentar,Erläuterungen 10 zu § 823,Erläuterungen 4 zu § 831; vgl. auch Motive II (1896) S.729. 246) siehe die Darstellung der Entwicklung dieses Instituts bei Heinitz,Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtskraft,Festschrift für Eb. Schmidt S.266 ff. 247) zur Einwilligung: Mezger,Lehrbuch S.207 und die dortigen Literaturangaben; Allfeld a.a.O. S. 142 f un die dort Anm. 28 angegebne Literatur; Heinitz,Das Problem der materiellen Rechtskraft S.42 ff; Kohlrausch-

dere.In den meisten Lehrbüchern und Kommentaren wird ein Katalog der Unrechtsausschließungsgründe gegeben,ohne daß ein bestimmtes System sichtbar wird.Bemerkenswert ist,daß den meisten bekannten Rechtfertigungsgründen die Vorstellung zugrundezuliegen scheint,daß die Rechtsordnung einen sonst verbotenen Eingriff bei Vorliegen der Voraussetzungen für rechtmäßig hält,den Eingriff also zu einem berechtigten macht. [248]

II. 1) In dieser Vorstellung beginnt sich ein entscheidender Wandel anzubahnen.Auf dem Gebiete des Strafrechts hat ein stark subjektiver Zug schon seit längerer Zeit eingesetzt,die Lehre vom personalen Unrecht kämpft hier in Gestalt der finalen Handlungslehre [249] um die Anerkennung. Aber nicht nur diejenigen,die unter dem Gesichtspunkt des Finalismus einem neuen Verbrechensaufbau das Wort reden, sondern auch viele derjenigen,die am überkommenen Verbrechensaufbau festhalten,haben in der Anerkennung der Lehre von der Sozialadäquanz dem Gedanken des personalen Unrechts im Strafrecht den Weg geebnet.So steht die neuere Auffassung auf dem Standpunkt,daß die Rechtsordnung gewisse gefährliche,aber sich innerhalb der sozialen Ordnung hal - tende Handlungen nicht verbiete und Schädigungen,die dabei einträten,Unglücksfälle,aber kein Unrecht seien. So hat der Gedanke vom personalen Unrecht in Rechtfertigungsgründen wie der Sozialadäquanz und des "erlaubten Risikos" weitgehend Anerkennung gefunden. [250]

Lange,Vorbemerkungen III 2 vor § 1; Zur Wahrnehmung berechtigter Interessen zum Beispiel Schmitz MDR 1959,891,971; BGH MDR 1960,371; RGZ 92,137; 248) Allfeld a.a.O. S.120, besonders Anm.14; von Liszt-Schmidt § 32 Anm17; von Hippel II S.190,zum Beispiel nimmt ein Recht auf Eingriff auch Stoll JZ 1958,140 an.Darüber,daß dies in Wirklichkeit nicht der Fall ist,siehe unten S.79f. Vielfach wird jedoch innerhalb der Unrechtsausschließungsgründe noch unterschieden zwischen solchen,die die Handlung zu einer rechtmäßigen machen,und solchen bei denen die Handlung weder rechtmäßig noch widerrechtlich,sondern irrelevant ist,vgl. Beling a.a.O. S.17; ähnlich Binding S.158,765. 249) Welzel,Das neue Bild des Strafrechtssystems,1961; derselbe Strafrecht 6.Aufl. S.28. 250) Welzel Strafrecht S.69; H.Mayer,Allgemeiner Teil S.187; Mezger in Leipziger Kommentar Erläuterungen 10 h cc vor § 51; derselbe NJW 1953,2; Schönke-Schröder,Vorbemerkungen III 8 vor § 51 (8.Aufl.); vgl. auch BGH 3 StR 669/52 bei Dallinger MDR 1953,722; Nipperdey NJW 1957,1777; Rechtsgutachten zum Zeitungsstreik 1953,39 f.Wieacker JZ 1957,535,bes. Anm. 2.

Ist man geneigt,dem Strafrecht,das,wie Nagler [251] betont,ohnehin den Blick mehr als anderswo auf den Täter richtet,ein gewisses Maß an Subjektivismus zuzugestehen, so herrschte bislang -selbst bei den Finalisten [252]- kaum ein Zweifel,daß im Zivilrecht die Lehre vom personalen Unrecht keine Existenzberechtigung habe,weil hier der Blick nicht einseitig auf den Täter,sondern auch und vor allem auf den Verletzten zu richten sei.[253] Es mußte daher naheliegen,eine Verschiedenartigkeit des Unrechts in Straf- und Zivilrecht herauszustellen,womit eigentlich die Frage der Übernahme speziell strafrechtlicher Begriffe in das Zivilrecht entschieden gewesen wäre.Nicht zuletzt durch die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen ist die These von der Einheit der Rechtsordnung und der Einheit der Rechtswidrigkeit gerettet worden; gleichzeitig hat damit die Lehre vom personalen Unrecht nun auch Einzug in das Zivilrecht gehalten.In einer grundsätzlichen Entscheidung hat der Große Zivilsenat des Bundesgerichtshofs den Satz aufgestellt,daß bei verkehrsrichtigem Verhalten eines Teilnehmers am Straßenverkehr oder Eisenbahnverkehr eine rechtswidrige Schädigung nicht vorliege. [254] Die Entscheidung hat zu einem lebhaften Echo geführt,jedoch nur zu einem Teil Zustimmung gefunden.[255]

---

251) a.a.O. S.68. 252) Welzel,Das neue Bild,1953 S.17, ferner ZSTW 58,508,ebenso noch Niese JZ 1956,457 ff,anders jedoch Welzel,Strafrecht 6.Aufl. S.74,109. 253) so zum Beispiel unter Ablehnung der sozialen Adäquanz für das Zivilrecht Enneccerus - Lehmann,Schuldrecht,15.Aufl. 1958 S. 933: der Unrechtsbegriff des Zivilrechts sei anders als im Strafrecht erfolgsbetont,sachverhaltsbezogen; ebenso Larenz,Schuldrecht S.341: die Berücksichtigung der sozialen Adäquanz schalte allen kasuistischen Tatbeständen eine neue Generalklausel vor. 254) BHZ 24,21 ; seitdem ständig vertreten: BGHZ 27,137; VRS 14,334;VersR 58,626. 255) Ablehnend: Bettermann NJW 1957,986; Lehmann a.a.O. ferner Festschrift für Hedemann 1958 S.189; Larenz,a.a.O. Schuldrecht II S.363; Dunz NJW 1960,507; Hafferburg NJW 1959,1398; Boennecke NJW 1960,1188; Bindokat JZ 1958,553; Stoll JZ 1958,137; Wussow NJW 1958,891; Böhmer MDR 1958,745; Richter NJW 1958,1171; May NJW 1958,1262; Mattern-Raisch Atomgesetz,1961 Erläuterungen zu § 25; Weitnauer NJW 1961,964; ausdrücklich zustimmend: Nipperdey NJW 1957,1777; Enneccerus Nipperdey,Allgemeiner Teil,15.Aufl. S.1277f; Baumann MDR 1957,646; Zippelius NJW 1957,1707; Esser,Schuldrecht,2.Aufl. 1960 S.189; Welzel,Strafrecht 6.Aufl.S.74,37; vgl. auch Haase NJW 1957,1315; Quade DRZ 1957,139; Bode DAR 1957,173; Hauß Anm. in LM Nr.2 zu § 831 BGB; Wieacker JZ 1957,535;

Viele Autoren haben die zur Entscheidung stehende Frage in einen größeren Fragenkreis gestellt,indem sie sich allgemein mit der Übernahme neuerer Strafrechtstheorien in das Zivilrecht beschäftigt haben,wie May [256] hervorhebt.Vor allem Nipperdey sieht in der Entscheidung die Anwendung des Rechtsgedankens der sozialen Adäquanz[257] ebenso begrüßt sie Welzel,der in ihr die Anerkennung der finalen Handlungslehre sieht,die den Fahrlässigkeitsbegriff in einen objektiven und einen subjektiven auf - spaltet und lediglich die subjektive Fahrlässigkeit in den Bereich der Verschuldensprüfung und die objektive Fahrlässigkeit in den Bereich der Rechtswidrigkeit verweist.[258]

Der Große Senat hat es in seiner Entscheidung ausdrücklich dahingestellt sein lassen,ob es sich bei dem von ihm gefundenen Ergebnis um einen Sonderfall der Anwendung des Rechtsgedankens der sozialen Adäquanz handele,und desgleichen auch,ob dasselbe Ergebnis auch dadurch zu gewinnen sei,daß auf die neuere strafrechtliche Dogmatik zurückgegriffen werde,die den Fahrlässigkeitsbegriff aufspalte, indem sie die Prüfung der Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt zur Rechtswidrigkeit rechne und nur die Frage der Zurechnung des mißbilligten Verhaltens an den einzelnen Täter als Schuldprüfung verstehe.So weist auch Haase[259] darauf hin,der Große Senat habe zu der dogmatischen Frage keine Stellung bezogen,sondern nur einen bisher nicht erkannten Rechtfertigungsgrund des "verkehrsrichtigen Ver - haltens" herausgestellt.[260] Auch Baumann [261] hebt hervor, der Große Senat habe sich darauf beschränkt,die Frage für das Verkehrsrecht ohne Zuhilfenahme der Lehre von der Sozialadäquanz und unter Behandlung der Verkehrsgesetze als Rechtfertigungsnormen zu entscheiden,damit sei der Große Senat "in den Fußtapfen der bisherigen Dogmatik geblieben".

---

zweifelhaft Schmidt NJW 1958,488; 1960,1706,der meint,je - denfalls müsse für § 227 BGB ein anderer Rechtswidrigkeits - begriff gelten,dies sei mehr als ein Schönheitsfehler. Zustimmend Wiethölter,Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens,1960; Wiethölter lehnt zwar die Entscheidung ab,aber nicht deswegen,weil sie zu weitgehend für das Zivilrecht ist,sondern weil sie nicht weit genug geht.Wiethölter ist Finalist und rügt an der Entscheidung,daß das verkehrsrichtige Verhalten kein Rechtfertigungsgrund sein könne,sondern dass es zur Verbotsmaterie

Er meint, auch auf anderen Gebieten als dem des Verkehrsrechts würden nunmehr die Zivilsenate nach dem Regel - Ausnahme-Prinzip, -nach dem Prinzip tatbestandserfüllende Handlung als indiziert rechtswidrige Handlung / besonderer Rechtfertigungsgrund -, verfahren und bestrebt sein,überall Rechtfertigungsnormen zu entdecken.Damit seien sie vorläufig der Grundfrage enthoben,ob bei fahrlässigen Handlungen generell die Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt zur Rechtswidrigkeit gehöre.Diese Frage werde sich aber früher oder später doch nicht umgehen lassen.

2) Die ablehnenden Stellungnahmen zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs stützen sich im allgemeinen darauf, der sogenannte Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens sei systemwidrig; allen bekannten Rechtferti - gungsgründen liege die Vorstellung zugrunde,daß sie ein Recht zum Eingriff gewährten,wovon jedoch beim verkehrs - richtigen Verhalten keine Rede sein könne.[262] Auch ver - kehrsrichtiges Verhalten gewähre kein Recht zu töten.[263] Bettermann[264] wendet ein,Verkehrsrichtigkeit dürfe nicht mit Rechtmäßigkeit gleichgesetzt werden: denn mit der Feststellung der Verkehrsrichtigkeit sei nur gesagt,daß das Verhalten,das zur Körperverletzung geführt habe,nicht verkehrskehrspolizeiwidrig sei und nicht gegen das öffentliche Verkehrsrecht verstoße.Damit sei die Frage nach der bürgerlich-rechtlichen Rechtmäßigkeit aber noch nicht be - antwortet.Ohne besonderen Rechtfertigungsgrund sei aber eine Körperverletzung stets rechtswidrig,gleichgülig,ob der Verletzer gegen die Verkehrsregeln des öffentlichen Rechts

---

gehöre.In dieser Frage sind sich aber fast alle Befürworter der Entscheidung einig,dass diese nicht weit genug geht, was insbesondere bei der Frage der Beweislast offenbar wird. Im Prinzip aber ist die Stellungnahme Wiethölters durchaus positiv,nur daß er annimmt,die Einhaltung der objektiven Sorgfalt schließe nicht die Schuld,auch nicht die Rechtswidrigkeit,sondern die Tatbestandsmäßigkeit des fahrlässigen Delikts aus. Zustimmend ist auch die Stellungnahme Zeuners in JZ 1961,41. 256) NJW 1958,1262. 257) a.a.O. besonders NJW 1957,1777. Ebenso auch Wieacker JZ 1957,535; auch May a.a.O. 258) Strafrecht S.37,74. 259) NJW 1957, 1315. 260) gegen einen "Rechtfertigungsgrund" Wiethölter a.a.O. bes. S.11. 261) MDR 1957,646. 262) Stoll JZ 1958, 139; Boennecke NJW 1960,1188; Wussow NJW 1958,891; May NJW 1958,1264. 263) Richter NJW 1958,1171. 264) NJW 1957,896.

verstoßen habe oder nicht. May [265] meint vorwurfsvoll,mit der Entscheidung des BGH werde der Tod von Zehntausenden von Verkehrsopfern sanktioniert.

Diese Kritik,so berechtigt sie auf den ersten Blick erscheint,übersieht die Bedeutung der Entscheidung.Hinter ihr verbirgt sich,wie Wiethölter [266] mit Recht hervorhebt,eine Revolution in der zivilrechtlichen Dogmatik: der Struktur - wandel von Unrecht und Schuld.Es ist verfehlt anzunehmen, der BGH habe angenommen,dass das verkehrsrichtige Verhalten für den Handelnden ein Recht zu verletzen oder zu töten begründe.Der BGH geht von einer ganz anderen Auffassung dessen aus,was rechtswidrig ist und was die Rechtswidrigkeit ausschließt.Und so liegt die Bedeutung dieser Entscheidung nicht so sehr darin,daß ein neuer Rechtfertigungsgrund ne - ben den bereits bekannten gefunden worden ist, - denn die bekannten bildeten keinen numerus clausus [267] - , die grundlegende Bedeutung liegt vielmehr darin,daß sie den Blick für die Erkenntnis freigibt,daß nicht ein Recht zum Eingriff das Kriterium des Unrechtsausschließungsgrundes ist,sondern der Umstand,daß der Eingriff die unvermeidbare Folge eines Verhaltens ist,das den Erfordernissen der objektiven Sorgfaltspflicht,wie sie gerade in den Verkehrsvorschriften ihren Niederschlag gefunden hat,genügt.Ob dieses Ergebnis jedoch nur,wie insbesondere die Finalisten meinen,[268] auf dem Wege über die Anerkennung der finalen Handlungslehre und die Anerkennung einer eigenen Strukturierung des Fahrlässigkeitsdelikts zu erzielen ist oder ob man nicht auch mit den Mitteln der bisherigen Dogmatik zu diesem Ergebnis gelangen kann,erscheint mindestens fraglich.

III. 1) Der Ausgangspunkt der Entscheidung des BGH stimmt mit der bisherigen Lehre überein,wenn gesagt wird, § 823 Abs.1 BGB erfordere,daß die Verletzung der dort genannten Rechtsgüter widerrechtlich sein,also im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen müsse; der Gesetzgeber bringe jedoch

---

265) NJW 1958,1262 f. 266) a.a.O. S.1. 267) ebenso Wiethölter a.a.O.S.6 unter Billigung von BGHZ 24,21 insoweit: die These des BGH sei nicht neu. Ebenso auch May a.a.O. 268) besonders Wiethölter a.a.O.; auch Welzel,Strafrecht, 6.Aufl.Vorwort S. VII,wo er sagt,an sich genüge ihm,daß auch die Gegner der finalen Handlungslehre zum selben Ergebnis gelangten,doch sei dies effektiv nur über die Anerken -

durch die Umschreibung des Unrechtstatbestandes zum Aus - druck, daß er jede Verletzung der dort genannten Rechtsgüter als widerrechtlich ansehe,wenn die Widerrechtlichkeit nicht aus besonderen Gründen ausgeschlossen sei. [269])

Im Widerspruch zur Rechtsordnung kann ein Zustand und auch ein Verhalten stehen. Wenn der Beamte seine Amtspflicht verletzt,handelt er widerrechtlich. Wenn ein Verwaltungsakt im Widerspruch zu den Vorschriften des Verwaltungsrechts steht,ist er rechtswidrig. Wenn jemand gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt,handelt er widerrechtlich. Hat jemand ohne Rechtsgrund eine Leistung erhalten,so widerspricht der so geschaffene Zustand der Zivil - rechtsordnung und ist daher rechtswidrig. Der Besitzer,der eine Sache ohne Rechtsgrund besitzt,ist unrechtmäßiger Besitzer,sein Besitz ist rechtswidrig.

Man kann also davon ausgehen, daß jeder Zustand, auf dessen Beseitigung das Gesetz einen Anspruch gibt, rechtswidrig ist, weil er im Gegensatz zur Rechtsordnung steht. Begründet das Gesetz einen Beseitigungsanspruch, so "indiziert" die Erfüllung des Tatbestandes, an den die Rechtsordnung die Rechtsfolge knüpft, die Rechtswidrigkeit des bestehenden Zustandes. Dabei ist, worauf oben [270]) schon hingewiesen, zunächst einmal unerheblich, wie der Zustand herbeigeführt worden ist, ob vorsätzlich oder fahrlässig,ob durch eine Handlung oder sonstwie. Wer ohne Rechtsgrund etwas erlangt hat, muß es herausgeben, ohne daß weiter interessierte, wie er es bekommen hat. Das Gesetz bewertet und mißbilligt lediglich den Zustand selbst,nicht eine Hand - lung. Es ist auch nicht etwa so, daß der Bereicherungsan - spruch oder der Beseitigungsanspruch als Folge der Auf - rechterhaltung eines bestimmten Zustandes besteht. Der Anspruch ist vielmehr die unmittelbare Folge des Zustandes selbst. Das Gesetz enthält nur eine Rechtsfolgenorm, keine Verhaltensnorm oder eine menschliche Handlung betreffende Bewertungsnorm.

---

nung der finalen Handlungslehre möglich. 269) ebenso Boennecke NJW 1960,1188. 270) S. 54.

Nicht anders verhält es sich in den Fällen,in denen das Gesetz nicht nur den Zustand,sondern auch die Art und Weise,wie dieser Zustand geschaffen wurde,in den Kreis seiner Betrachtung einbezieht,namentlich in den Fällen der unerlaubten Handlungen.Die Rechtsfolge der Schadensersatzverbindlichkeit knüpft auch hier an den Zustand an,an das beeinträchtigte Eigentum oder an das beeinträchtigte Recht. Insofern das Gesetz diesen Zustand für ausgleichungsbedürftig hält,enthält es lediglich eine Rechtsfolgenorm oder eine lediglich einen Zustand betreffende Bewertungsnorm.Das beeinträchtigte Eigentum indiziert also nur die Rechtswidrigkeit dieses Zustandes.Die unerlaubten Handlungen unterscheiden sich aber gegenüber den Bereicherungsfällen zum Beispiel dadurch,daß das Gesetz auch die Handlung einbezieht.Damit ergibt sich die Unterscheidung zwischen Zuständen,die durch eine unerlaubte Handlung herbeigeführt worden sind,und solchen,die durch eine erlaubte Handlung herbeigeführt worden sind. Einen Zustand,der durch eine unerlaubte Handlung herbeigeführt worden ist,mißbilligt das Gesetz,weil er die Folge einer rechtswidrigen Handlung ist. Den durch eine erlaubte Handlung geschaffenen Zustand mißbilligt das Gesetz jedenfalls nicht,solange nicht etwas anderes bestimmt ist.Der § 823 Abs.1 BGB hat also eine Doppelfunktion: als Rechtsfolgenorm knüpft er die Rechtsfolge an einen bestimmten Zustand und gibt damit als eine den Zustand betreffende Bewertungsnorm an,daß er ihn unter Umständen mißbilligt,zugleich gibt er aber als eine ein menschliches Verhalten betreffende Bewertungsnorm an,daß er die Schaffung derartiger Zustände mißbilligt,und verbietet als eine Verhaltensnorm gleichzeitig die Verletzung der dort genannten Rechtsgüter.Da das Begehen der unerlaubten Handlung der Rechtsgrund dafür ist,daß der durch sie verursachte Zustand (Erfolg) die Rechtsfolge auslöst, ergibt sich: § 823 Abs.1 BGB knüpft die Rechtsfolge an einen bestimmten schädlichen Zustand dann,wenn dieser unter Verstoß gegen die Verhaltensnorm herbeigeführt worden ist. Daraus folgt nun aber auch das Umgekehrte: das Gesetz mißbilligt einen bestimmten schädlichen Zustand nicht,wenn er die Folge einer Handlung ist,die das Gesetz nicht verbietet oder nicht mißbilligt.

2) Dem steht nicht entgegen,daß die Zivilrechtsordnung in zahlreichen Fällen unter dem Gesichtspunkt einer Haf - tung ohne Verschulden Schadensersatzansprüche an Zustände knüpft,die die Folgen zulässiger Handlungen sind.So ist die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache unter den Voraussetzungen des § 228 BGB nicht widerrechtlich,verpflichtet aber bei verschuldeter Gefahr zum Schadensersatz.Der Eigentümer einer Sache muß unter den Voraussetzungen des § 904 BGB eine Einwirkung dulden,kann jedoch Schadensersatz verlangen.Die Notlandung von Luftfahrzeugen und Fallschirmspringern ist nach § 25 des Luftverkehrsgesetzes auch ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers zulässig,begründet aber eine Schadensersatzpflicht.Ferner ist hinzuweisen auf die Rechte aus den §§ 867,962,1005 BGB und die darin be - gründete Schadensersatzpflicht sowie auf die durch § 26 GewO und § 148 des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes begründete Duldungspflicht des Eigentümers und den an die Stelle des sonst zustehenden Abwehranspruchs tretenden Anspruch auf Schadloshaltung bzw.Schadensersatz.Schließlich ist der von der Rechtsprechung aus dem Rechtsgedanken der §§ 904 BGB,26 GewO, 74,75 Einl.PrALR entwickelte allgemeine Aufopferungsanspruch hervorzuheben,[271] der immer dann gewährt wird, " wenn der Schaden durch eine Beeinträchtigung des Geschädigten entstanden ist,die er nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften nicht zu dulden brauchte und die er hätte abwehren können,wenn ihm nicht aus besonderen rechtlichen Gründen die Abwehrmöglichkeit genommen gewesen wäre," [272] etwa beim Vorliegen höherer Interessen, wie "Eingriff zum gemeinen Besten" (lebenswichtiger Betrieb). Es handelt sich hierbei um die Fälle des sogenannten bür - gerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruchs. [273] Diese Fälle bilden den Übergang zu anderen Fällen der Haftung

---

271) vgl. RGZ 58,134; 59,72; 63,376; 97,291; 99,48; 100, 69; 101,102; 104,84; 122,134; 147,353; 154,165; 155,154; 167,25; RG JW 1907,290; 1910,591; 1925,2446 mit Anm.von Höninger; ferner OGH NJW 1949,713; BGHZ 9,211; 16,373; OLG Oldenburg JR 1958,222. 272) OLG Oldenburg JR 1958, 222. 273) OLG Oldenburg a.a.O.; BGHZ 9,211; 16,373; Kreft DÖV 1955,518; Wolff,Verwaltungsrecht I (2.Aufl.1957) S.300.Auch die "Immissionsfälle des Aufopferungsanspruchs" genannt,Schack JR 1958,207.

ohne Verschulden,wie denen der reinen Gefährdungshaftung, §§ 833,835 BGB, 7 StVG, 33 LuftVG, 25 AtomG, 1 RHaftpflG, 1 SHaftpflG.Daher werden sie im neueren Schrifttum nicht unter dem Gesichtspunkt der "bürgerlich-rechtlichen Aufopferung", sondern unter dem der "öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung" behandelt. [274] Schließlich ist noch auf die ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung behandelten Haftungstatbestände der §§ 302 Abs.4, 600 Abs.2, 717 Abs.2, 1042 c, 945 ZPO hinzuweisen.[275]

Allen diesen Fällen ist gemeinsam,daß die Rechtsordnung ohne Verschuldensnachweis [276] Haftungsfolgen an einen Zustand knüpft,der die Folge einer vom Gesetz an sich nicht verbotenen Handlung ist.Indem die Rechtsordnung an den Eingriff in fremden Rechtskreis eine Schadensersatzpflicht knüpft,gibt sie lediglich zu erkennen,daß sie den schädlichen Erfolg für ausgleichungsbedürftig hält ungeachtet dessen,daß die zum Erfolg führende Handlung zulässig,das heißt rechtmäßig war.Daraus folgt jedoch keineswegs,daß die Rechtsordnung damit den gegenständlichen Eingriff schlechthin mißbilligt und ihn als rechtswidrige Handlung ansieht.Vielmehr handelt es sich in diesen Fällen um eigene Haftungstypen,die ihre Grundlage nicht in einem rechtswidrigen Eingriff,sondern in der Aufopferung [277] von Rechten, also nicht in rechtswidrigen,sondern vornehmlich in rechtmäßigen Handlungen haben.

So wird der durch eine Notstandshandlung des § 904 BGB herbeigeführte Eingriff nicht etwa als nur unverboten oder gar rechtswidrig [278],sondern zutreffend als recht -

---

274) Forsthoff,Lehrbuch des Verwaltungsrechts,6.Aufl. S. 299 ff; Schack a.a.O. S.208; Meisner-Stern-Hodes,Nachbarrecht,3.Aufl. 1956 S.628; Esser,Schuldrecht 2.Aufl. S.227; Anderer Meinung OLG Oldenburg a.a.O. 275) Baumbach - Lauterbach,ZPO Erläuterungen 2 A zu § 717; Seuffert-Walsmann,ZPO 12.Aufl. Anmerkung 3 b zu § 717; Lent,Zivilprozeßrecht,4.Aufl.111; BGH NJW 1957,1926 und die dort angeführte Rechtsprechung des Reichsgerichts. 276) RGZ 47,98; 50, 229; 58,130; 60,345; 75,83; 92,49; 100,69; 101,102; 104,81; 105,214; 139,33; RG Warn 34,279; HRR 34 Nr.1614; Seuff. Arch. 88,308; Staudinger-Seufert Anmerkung 3 b zu § 867; Palandt-Hoche Anmerkung 1 zu § 962; Staudinger-Seufert,Anmerkung 3 zu § 962; 277) so auch Staudinger-Seufert Anmerkung 25 zu § 904. 278) so allerdings Neubecker,Zwang und Notstand S. 118 ff, 210 ff; Großmann Prinzip der Selostverteidigung S.17 ff; von Weber,Notstandsproblem S.43 ff,

mäßig angesehen.[279] Bienenfeld[280] weist zutreffend darauf hin,daß die Notstandshandlung des § 904 BGB neben der Enteignung gerade zu den Musterbeispielen rechtmäßiger Handlungen gehöre. Gegenüber der Bemerkung Zitelmanns,[281] es handele sich bei § 904 BGB um Eingriffe,die "an sich rechtswidrig" seien,hebt Bienenfeld zutreffend hervor,daß es "an sich rechtswidrige Handlungen,Eingriffe" nicht gebe.[282] Ebenso ist ihm zu folgen,wenn er die von Leonhard[283] aufgestellte Behauptung zurückweist,die Notstandshandlung werde zwar teilweise als rechtmäßig behandelt,bleibe aber insoweit,als der Handelnde für den Schaden haftbar gemacht werde,rechtswidrig.[284] Diese Auffassung beruht auf der irrigen

---

54 ff; ebenso Palandt-Hoche Anmerkung 3 b zu § 904; Wolff-Raiser § 19 Anmerkung 22, § 49 II 1; RGR Kommentar Vorbemerkungen 2 vor § 823; Soergel-Lindenmaier Vorbemerkungen 1 vor § 823. 279) Staudinger-Seufert,Anmerkungen 19,25 zu § 904; Molitor,Schuldrecht II,202; Rosenberg,Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,8.Aufl. 1960 § 174 VI 1 f; Enneccerus-Nipperdey,15.Aufl.Allgemeiner Teil S.1345; Titze, Die Notstandsrechte S. 1ff und 98 ff (119);Auer,Strafrechtlicher Notstand und BGB S. 4ff; 16,19 ff, 38; Meumann,Prolegomena zu einem System der Vermögensrechte S.187 ff;Baumann,Notstandsbestimmungen des BGB S.23 ff, 68 ff; Alberti, Gefährdung durch überlegene Gewalt S.1 ff, 30ff; von Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB II 2 S.599; derselbe Notstand im Zivilrecht S.74 ff; Goldschmidt,Notstand ein Schuldproblem S.46 ff; Deetz,Haftungsgrund der unerlaubten Handlungen, Gruch.Beitr.64,185; Endemann,Lehrbuch 8.Aufl. I S.443; Fischer,Rechtswidrigkeit S.104,131 Anm.27,211 ff; Henkel, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht mit ausführlichen Schrifttumsanzeigen; Ötker,Notwehr und Notstand,Festgabe für Frank I S.359; derselbe Notwehr und Notstand nach §§ 227,228,904 BGB S.48 ff; Merkel,Kollision rechtmäßiger Interessen, S.1 ff; Bienenfeld Haftungen, S. 474; 212 ff,398 ff; Planck-Strecker, 3 b zu § 904; Erman-Seibert,Anmerkung 6 zu § 904; Palandt-Gramm Anmerkung 1 zu § 852; RGZ 167,14; hier wird die Anwendbarkeit des § 852 BGB verneint.Widersprüchlich RGR Kommentar,wenn in Anmerkung 2 zu § 852 dessen Anwendung unter Hinweis auf RGZ 167, 14 verneint wird,während in Vorbemerkungen 2 vor § 823 die Ersatzpflicht aus § 904 als solche aus unerlaubter Handlung,also aus rechtswidrigem Eingriff bezeichnet wird.Für Rechtmäßigkeit,aber Anwendung des § 852 BGB von Tuhr a.a.O. S.474; ebenso Meisner-Stern-Hodes a.a.O. § 14 Anm.43; Meisner - Ring,Das in Bayern geltende Nachbarrecht,4.Aufl. 1952 § 12 Nr.6. Gegen die Anwendbarkeit des § 852 BGB vor allem Staudinger-Seufert a.a.O. Anm.25 zu § 904. 280) a.a.O. S.474. 281) Internationales PrivatrechtII S.456 f. 282) Bienenfeld a.a.O. S.126 f,Anm.22.283) Schuldrecht II S.673. 284) Bienenfeld a.a.O. S.126 f, 474.

Annahme,daß die Mißbilligung eines Zustandes durch die Rechtsordnung das Urteil der Rechtswidrigkeit begründe und daß ein so als rechtswidrig erkannter Zustand dann auch die Eingriffshandlung rechtswidrig werden lasse,wenn er deren Erfolg sei. Das wollen offenbar auch Stoll-Felgenträger annehmen,[285] wenn sie sagen,die Rechtsordnung kennzeichne durch ihre Verbote ein bestimmtes Verhalten oder den Eintritt eines Erfolges auf Grund bestimmter Ereignisse als widerrechtlich,ebenso auch Leonhard,[286] wenn er meint,Rechtswidrigkeit erfordere immer mindestens Rechtswidrigkeit des Erfolges,oder auch Beling [287] und Wolff,[288] wenn sie den Satz verteidigen,daß rechtmäßige verursachende Tatbestände rechtswidrige Erfolge haben könnten.[289] Fischer [290] hält es gesetzestechnisch für möglich,daß die Rechtsordnung bestimmte Zustände verbietet oder gebietet.Er meint,soweit die Rechtsordnung bestimmte Tatsachen und die sich daraus ergebenden Zustände nicht wolle,sei es,daß sie dies direkt durch eine Verbotsnorm ausspreche,sei es,daß sie umgekehrt das den Erfolg herbeiführende menschliche Verhalten verbiete und damit mittelbar die Mißbilligung des Erfolges erkläre,könne man diese Tatsachen auch als rechtswidrig bezeichnen.Anknüpfend an Beling [291] zeigt Fischer [292] jedoch auf,daß nicht immer Handlung und Handlungsresultat von gleicher Eigenschaft seien,das heißt,daß nicht immer beide rechtmäßig oder beide rechtswidrig seien,und verneint schlechthin die Möglichkeit,daß rechtmäßige Handlungen rechtswidrige Erfolge haben könnten.[293] Auch Wiethölter hebt dies hervor. [294] Er meint,die gegenteilige Auffassung könne Unglück und Unrecht nicht trennen,sie müsse jeden Schadenserfolg mit Unrecht identifizieren,damit werde

---

285) Vertrag und Unrecht,3.Aufl. 1943 S.193,198. 286) a.a.O. S.541,647,673. 287) Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht, S. 29 f und Lehre vom Verbrechen S. 176 ff. 288) Verbotenes Verhalten S.173 ff. 289) dagegen Nagler,Rechtswidrigkeit S. 52 ff; Bienenfeld a.a.O. S.126; auch Fischer a.a.O. S.107 ff verneint gegen Beling,daß es rechtswidrige Zustände aus rechtmäßigem Verhalten gebe.Verneinend auch Hold von Ferneck,Rechtswidrigkeit I S.386 ff. Vgl. auch oben S.51. 290) a.a.O.S.99. 291) a.a.O. S.172 ff. 292) a.a.O. S.99 293) a.a.O. S.102 ff. 294) Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens,Karlsruhe 1960 S. 35.

der Begriff der Rechtswidrigkeit verbraucht,ohne daß durch ihn überhaupt noch ein charakteristischer Umstand umschrieben werde.Dem ist zu folgen.Die gegenteilige Auffassung übersieht,daß in allen Fällen.in denen das Gesetz eine Rechtsfolge an einen bestimmten Zustand knüpft,immer nur der Zustand selbst bewertet wird,gleichgültig ob er die Folge einer Handlung ist oder nicht. Wenn A mit dessen Einverständnis ein Buch weggenommen wird,weil er und der wegnehmende B der Meinung sind,es gehöre B,so interessiert für den Herausgabeanspruch nicht,in welcher Weise B in den Besitz des Buches gelangt ist,wenn er es nur ohne Recht besitzt.Durch den unrechtmäßigen Besitz wird aber die Weg - nahmehandlung nicht rechtswidrig,die Wegnahmehandlung und damit der Eingriff in das Eigentum sind für den Herausgabeanspruch nach §§ 812,985 BGB irrelevant.[295] Die gleiche Vorstellung liegt auch dem § 904 BGB zugrunde: indem die Rechtsordnung eine Schadensersatzverbindlichkeit an die reine Tatsache des beeinträchtigten Eigentums knüpft,bewertet es diesen Zustand als Folge einer,weil rechtmäßig, irrelevanten Handlung.Die gegenteilige Auffassung würde darauf hinauslaufen,einen und denselben Eigentumseingriff zugleich als rechtmäßig,was die Notwehr dagegen betrifft, und unrechtmäßig,was die Schadensersatzpflicht betrifft, zu behandeln.So etwas kann aber wohl auch eine Rechtsordnung nicht.Mit der Tatsache,daß das Gesetz eine Strafe an ein bestimmtes Verhalten knüpft,sagt es indirekt,was es für unrecht hält.Aus der Tatsache,daß das Gesetz an einen Zustand eine Schadensersatzpflicht knüpft,kann man nur auf die Mißbilligung des Zustandes,aber nicht schlechthin auf ein Verbot des auf den Erfolg abzielenden Verhaltens schliessen.Denn wie die Fälle gerade des § 904 BGB zeigen,lassen sich nicht alle Gründe der Schadenszurechnung auf Rechtswidrigkeit zurückführen.[296] Die Schadensersatzpflicht des § 904 BGB ist nicht die Folge eines rechtswidrigen Ein - griffs,[297] sondern eine Rechtsfolge aus der Aufopferung

295) vgl. oben S.51. 296) Fischer a.a.O. S.113 f; Esser, Schuldrecht 2. Aufl. 1960 S.189,830. 297) Das nimmt auch Boennecke NJW 1960,1188 in dem von ihm beschriebenen Fall an,in dem jemand seinen PKW ,bei dem die Bremsen versagt haben,auf einen LKW prallen läßt.

eines Rechts oder Rechtsbehelfs,an dessen Stelle sie tritt. [298]

Das gleiche gilt für die Ansprüche aus §§ 26 GewO,148 Pr.ABG,für die bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsansprüche und alle anderen Ansprüche,die auf demselben Rechtsgedanken beruhen. [299] Zu Recht hat das Reichsgericht zu den bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsansprüchen ausgeführt,sie hätten einen anderen Ursprung als ein Schadensersatzan - spruch aus unerlaubter Handlung. [300] Daher haben das Reichsgericht und ihm folgend der Bundesgerichtshof für alle Arten von Aufopferungsansprüchen die Anwendbarkeit des § 852 BGB verneint. [301] Das gleiche wird man auch für die Ansprüche aus den §§ 904 BGB,26 GewO,148 PrABG anzu - nehmen haben. [302] Das Reichsgericht hat zwar mehrfach den Anspruch auf Schadloshaltung nach § 26 GewO dem § 852 BGB unterstellt; [303] es hat damit bekundet,daß es ihn als Anspruch aus einem rechtswidrigen Eingriff,also aus uner - laubter Handlung ansieht.Aber um den § 852 BGB anzuwenden bedarf es nicht der Konstruktion der Handlung als einer rechtswidrigen unerlaubten Handlung,auch eine analoge Anwendung wäre möglich.[304] Allerdings heben Staudinger -

---

298) so zu dem auf gleichem Rechtsgedanken beruhenden bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch zum Beispiel: RGZ 122,137; 155,154; 167,14; BGHZ 16,369; OLG Oldenburg JR 1958,222; Esser,Schuldrecht,2.Aufl. S.194,227. 299) vgl. die sehr ausführliche Zusammenstellung der Fälle von Haftungen ohne Verschulden bei Bienenfeld a.a.O. S.437 ff. 300) RGZ 167,14. 301) zunächst schwankend RGZ 70,150; RG JW 1926,1152; 1927,893; RGZ 78,203; dann aber RGZ 167,14; BGHZ 9,209; 19,82. 302) für § 904 BGB ebenso: Staudinger-Seufert Anm.25 zu § 904; Planck-Strecker Anm. 3 b zu § 904; Erman-Seibert,Anm.6 zu § 904; Titze,Notstandsrechte S.119; Palandt-Gramm Anm.1 zu § 852,anderer Ansicht allerdings Palandt-Hoche Anm. 3 b zu § 904; weiter wie hier: von Tuhr, Allgemeiner Teil, BGB II 2 S.474,605; Wolff-Raiser,§ 19 Anm. 22, § 49 II 1; Meisner-Ring a.a.O. § 12 Nr.6; Meisner-Stern-Hodes a.a.O. § 14 Anm.43; OLG München HRR 1941 Nr. 1057; widersprüchlich RGR Kommentar Anm.2 zu § 852 und Vorbemerkung 2 vor § 823. Gegen Anwendung des § 852 BGB im Rahmen des § 228 und des § 904 BGB auch Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil (14.Aufl.) II 2 S.1042. 303) vgl. RGZ 70,154; RG JW 1912,31; 1927,893; 1935,1775; Warn. 1914 Nr.189; RGRKommentar Anm.13 c zu § 906; Meisner -Stern-Hodes a.a.O. § 40 III; Landmann - Rohmer Anm.5 zu § 26 GewO; Staudinger-Seufert Anm.4 zu § 906 (Anm.51). 304) so Rosenberg,Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,8.Aufl.1960 § 174 VI 1 f für die in der ZPO geregelten Schadensersatzansprüche und Meisner-Stern-Hodes a.a.O. § 14 Anm.43 für den

Seufert [305] gegenüber der Begründung,§ 852 BGB müsse im Rahmen des § 904 BGB gelten,weil sonst die Verjährungs - frist bei rechtswidrigem Handeln ungünstiger sei als bei rechtmäßigem, [306] zu Recht hervor,daß der § 852 BGB von dieser Warte aus überhaupt verfehlt wäre. Es ist in der Tat wirklich nicht einzusehen,weshalb die Ansprüche aus § 26 GewO,was die Verjährungsfrist anbelangt,anders be - handelt werden sollen als die bürgerlich-rechtlichen Auf- opferungsansprüche,die ja gerade aus dem den §§ 904 BGB, 26 GewO, 74,75 EinlPrALR zugrundeliegenden Rechtsgedanken entwickelt worden sind.Für eine analoge Anwendung des § 852 BGB fehlt es an der Rechtsähnlichkeit der Haftungs- tatbestände; denn auch die Gewährung eines Anspruchs aus § 26 GewO stempelt den Eingriff nicht zu einem rechtswid- rigen.Dieser Anspruch hat ebenso wie die anderen genannten Ansprüche seinen Ursprung nicht in einem rechtswidrigen Eingriff,einer unerlaubten Handlung,sondern in der Auf - opferung von Rechten und Rechtsbehelfen,an deren Stelle er tritt.

Nicht anders verhält es sich mit den Fällen der rei- nen Gefährdungshaftung,zum Beispiel §§ 7 StVG,1 Sachhaft- pflichtgesetz, 1 Reichshaftpflichtgesetz, 25 Atomgesetz. Sie unterscheiden sich allerdings von den §§ 867,962,1005 BGB und den §§ 228,904 BGB sowie den Fällen der Enteignung und Aufopferung dadurch,daß nicht der Eingriff,also die bewußte und gewollte Beeinträchtigung,vom Gesetz gestattet ist,sondern nur die Handlung,die den Erfolg verursachende Tätigkeit.Diesen Umstand aber haben die Fälle der reinen Gefährdungshaftung mit denen der §§ 26 GewO, 148 PrABG sowie denen des bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruchs gemeinsam.Auch in diesen Fällen gestattet die Rechtsord- nung ja nicht schlechthin den bewußten und gewollten Ein- griff,sondern nur die Handlung,die Tätigkeit selbst, ledig- lich,weil der Erfolg notwendig mit der Handlung verbunden ist,weil der Erfolg nicht vermieden werden kann,ohne daß gleichzeitig auch die Tätigkeit selbst unterbleibt,nimmt die Rechtsordnung den Erfolg als etwas Unvermeidliches in

305) Anm.25 zu § 904 BGB. 306) Meisner-Stern Hodes a.a.O.

Kauf und qualifiziert ihn ebensowenig wie die Handlung selbst als rechtswidrig.Innerlich stehen diese Fälle denen der Gefährdungshaftung viel näher als denen der Enteignung oder denen der §§ 228,904 BGB. Daher wird im neueren Schrifttum [307] zu Recht die Ansicht vertreten, bei dem bürgerlich - rechtlichen Aufopferungsanspruch handele es sich nicht eigentlich um einen Aufopferungsanspruch, son - dern um einen Fall "öffentlich-rechtlicher Gefährdungshaftung", weil es an einem unmittelbaren Eingriff fehle und die Schädigung nur Folge einer gefährlichen Lage sei,in die der Eigentümer infolge der Unmöglichkeit,sich zu wehren,hineinversetzt sei. [308] Allerdings ist bei aller Ähnlichkeit der Fälle der reinen Gefährdungshaftung und der bürgerlich - rechtlichen Aufopferung auch die innere Verschiedenartigkeit nicht zu übersehen: während bei letzteren die Schädigung wirklich die unvermeidbare Folge einer von der Rechtsord - nung erlaubten Tätigkeit in dem Sinne ist,daß der Erfolg nicht vermieden werden kann,ohne daß gleichzeitig die Tä - tigkeit selbst unterbleibt,ist das in den Fällen der rei - nen Gefährdungshaftung durchaus nicht der Fall: der Kraftfahrer,der Lokomotivführer und alle diejenigen,die eine gefährliche Tätigkeit verrichten, hätten sich im Einzelfalle nur anders zu verhalten brauchen, dann wäre der Erfolg nicht so eingetreten,wie er eingetreten ist. Dieser Umstand än - dert jedoch nichts an dem Grundsatz, daß die Rechtswidrigkeit der Eingriffshandlung einschließlich des Erfolges nicht nur dort ausgeschlossen ist,wo das Gesetz den Ein - griff,das heißt die bewußte und gewollte Beeinträchtigung ausdrücklich gestattet, zum Beispiel bei § 904 BGB, sondern auch dort, wo es eine gefährliche Tätigkeit gestattet und der schädliche Erfolg nur die unvermeidbare Folge dieser durchaus rechtmäßigen Tätigkeit ist, wie zum Beispiel § 26 GewO. Die Frage,inwieweit eine beim Betrieb eines Kraft -

---

307) Forsthoff,Lehrbuch des Verwaltungsrechts,6.Aufl. 1956 S. 229 ff; Schack JR 1958,208; Meisner - Stern - Hodes a.a.O. S. 628; Esser,Schuldrecht,2.Aufl. 1960 S. 227, auch S. 507 ff; anderer Ansicht OLG Oldenburg JR 1958,222,das sich mit der neuern Auffassung auseinandersetzt. 308) Schack a.a.O.

oder Luftfahrzeugs,einer Eisenbahn oder Straßenbahn eingetretene Schädigung rechtswidrig herbeigeführt worden ist, hängt nicht schlechthin davon ab,ob der Tatbestand eine Gefährdungshaftung ohne Verschulden auslöst,andererseits aber auch nicht davon,ob die Tätigkeit selbst,also das Betreiben des Kraftfahrzeugs erlaubt ist.Wie ausgeführt,[309] kann aus der Tatsache,daß die Rechtsordnung an einen Zustand eine Schadensersatzverpflichtung knüpft,nicht auf das Verbot der auf den Erfolg abzielenden Handlung geschlossen werden; andererseits kann aber auch nicht davon ausgegangen werden,daß jeder beim Betriebe eines Kraftfahrzeugs,der ja ohne Zweifel erlaubt ist,eingetretene schädliche Erfolg wegen der Rechtmäßigkeit des Betriebes auch als rechtmäßig zu gelten hat.Welche schädlichen Erfolge rechtswidrig herbeigeführt worden sind,hängt bei grundsätzlich erlaubter Tätigkeit davon ab,ob sie unvermeidbare Folgen der erlaubten Tätigkeit sind.Warum das so ist,soll später noch ausführlich erörtert werden. [310] Hier soll zunächst die Feststellung genügen,daß die Haftungstatbestände der reinen Gefährdungshaftung nicht in jedem Falle in einer rechtswidrigen Schädigung bestehen,daß also die Haftung ohne Rücksicht darauf ausgelöst wird,ob die Schädigung rechtswidrig herbeigeführt worden ist oder nicht.Daher sind auch die Fälle der Gefährdungshaftung ungeeignet,den Grundsatz in Frage zu stellen,die Rechtsordnung qualifiziere nur solche Erfolge als rechtswidrig,die durch eine unerlaubte,das heißt verbotene Handlung herbeigeführt worden sind.Die Vorschriften, die die Gefährdungshaftung begründen,enthalten lediglich Bewertungsnormen,keine Verhaltensnormen im Sinne von Ge- oder Verboten. [311] Deswegen ist es irreführend,die Erfüllung des Haftungstatbestandes als "Quasidelikt" zu bezeichnen.Ob in einem Verhalten,das den Tatbestand des § 7 StVG erfüllt,auch ein Delikt,ein rechtswidriger Eingriff,eine rechtswidrige Schädigung liegt,kann nicht an der reinen Bewertungsnorm des § 7 StVG gemessen werden,sondern nur an solchen Vorschriften,die neben der Bewertungsnorm auch eine

---

309) Oben S. 51 ff. 310) unten S.98 ff. 311) Bienenfeld a.a.O. S. 102 ff: ebenso offenbar Rümelin,Gründe der Schadenszurechnung S.45.

Verhaltensnorm enthalten,wie das beim § 823 BGB der Fall ist. [312] Die Gefährdungshaftung ist nicht Haftung für Unrecht, - hier stellt sich die Frage der Widerrechtlichkeit überhaupt nicht - ,[313] sondern "eine den Beherrscher eines Gefahrenbereichs treffende Pflicht,für gewisse typische Gefährdungsfolgen seines Betriebes einzustehen." [314] Der Rechtsgrund der Haftung ist nicht Unrecht,sondern Aufopferung.

Es bedarf nur noch eines kurzen Hinweises,daß auch die Schadensersatzpflicht aus den §§ 302 Abs.4, 600 Abs.2, 717 Abs.2, 945, 1042 c Abs.2 ZPO keine Rechtsfolge aus einer unerlaubten Handlung,aus einem gegenständlichen rechtswidrigen Eingriff ist.Zu Recht hebt Rosenberg [315] hervor,die Zwangsvollstreckung sei niemals deswegen rechtswidrig oder auch nur unzulässig,weil der vollstreckbare Anspruch gefehlt habe.Der gesetzgeberische Grund der Schadensersatzpflicht sei,daß der Gläubiger auf Grund eines nur vorläufigen Vollstreckungstitels und daher auf eigene Gefahr vollstreckt habe,nicht aber,daß die Vollstreckung rechtswidrig sei; denn bei Vollstreckung aus einem anderen Titel nach Untergang des Anspruchs entstehe ja auch keine Ersatzpflicht,und die §§ 228,867,904,962,1005 BGB böten Beispiele dafür,daß auch aus rechtmäßigen Handlungen eine Schadensersatzpflicht erwachsen könne. [316] Der entgegengesetzten Auffassung,die in der Ersatzpflicht eine solche aus unerlaubter Handlung [317] oder wenigstens eine solche " aus unerlaubter Handlung im weiteren Sinne " [318] sieht, kann nicht gefolgt werden. [319]

---

312) oben S.66. 313) so zutreffend Mattern-Raisch,Atomgesetz 1961 Erläuterungen zu § 25,Randnote 1 ff,dagegen sehr zweifelnd Weitnauer NJW 1961,964 f. 314) Esser JZ 1953,129 und Schuldrecht,2.Aufl. 1960 S.189,222,830; auch Larenz,Schuldrecht II S.410; besonders auch Wiethölter a.a.O. S.35. Vgl. auch Kleinfeller,Kritische Vierteljahresschrift Band 47 S. 131 ff; Fischer a.a.O. S.115; ähnlich wohl auch Raape,Internationales Privatrecht,4.Aufl. 1955 S.543,wenn er einen wesentlichen Unterschied zwischen Delikt und Quasidelikt darin sieht,daß letzteres nicht Ausfluß einer Verbots-,sondern nur einer Schutznorm sei. 315) Lehrbuch,8.Aufl. 1960 § 174 VI 1 f. 316) so auch Bernhardt,Vollstreckungsgewalt und Amtsbetrieb 1935 S. 48 ff. 317) OLG Brelau JW 1926,1603; RGZ 67,141; 74,249; 78,207; 104,241; 106,289; 113,125; 149,321; 157,14; RG JW 1911,153; 1913,438; 1933,2057; Warn. 1927 Nr.127; 1935 Nr.46; HRR 1938 Nr.514; BGHZ 9,209. Anderer Ansicht Staudinger § 852

Einwendungen prinzipieller Art brauchten allerdings nicht erhoben zu werden,wenn es nur darum ginge,die Ersatzansprüche dem § 852 BGB und § 32 ZPO zu unterstellen.Das ließe sich auch im Wege der Analogie erreichen. [320] Um einen rechtswidrigen Eingriff handelt es sich bei den Haftungstatbeständen der ZPO jedoch keinesfalls; denn einmal wird die Ersatzpflicht auch ausgelöst,wenn der Schuldner zur Abwendung der Vollstreckung leistet,also eine Eingriffshandlung des Gläubigers überhaupt nicht vorliegt,zum anderen lösen Vollstreckungen aus einem engültigen Titel keine Ersatzansprüche aus,wenn der Anspruch nicht oder nicht mehr besteht (von § 826 BGB abgesehen), [321] schließlich stellt die Rechtsordnung die Vollstreckungsmöglichkeit ja gerade zur Verfügung,obwohl die Möglichkeit der späteren Aufhebung des vorläufigen Titels immer naheliegt.Die Annahme,daß eine Vollstreckung aus einem später aufgehobenen vorläufigen Titel rechtswidrig sei,würde bedeuten,daß die Haftungsnorm ein Verhalten gleichzeitig für rechtmäßig und unrechtmäßig erklären würde.Wenn man dem folgen wollte,würde die Norm ihrem Wesen nach bedeuten: Für den Fall,daß der Vollstreckungstitel nicht aufgehoben werden wird,ist die Vollstreckung zulässig,während sie in Wirklichkeit bedeutet: Selbst für den Fall,daß der vorläufige Titel aufgehoben werden wird,ist die Vollstreckung zulässig.Wenn der vollstreckende Gläubiger Schadensersatz leisten muß,so klingt das an die Gefährdungshaftung an. [322] Aber auch die Gefährdungshaftung ist keine Haftung für Unrecht. [323] Die Schadensersatzpflicht beruht auch bei den Haftungstatbeständen der ZPO auf dem Aufopferungsgedanken.

A 8 e. 318) BGH NJW 1957,1926; Baumbach,ZPO Erläuterungen 2 C zu § 717; Stein-Jonas-Schönke,ZPO 1956,Erläuterungen II zu § 32 und II zu § 717. 319) ebenso Rosenberg a.a.O. § 174 VI 1 f; Bernhardt a.a.O. S. 48ff; Molitor,Schuldrecht II (1949) S.189; Lent,Zwangsvollstreckungsrecht,4. Aufl. 1953,S.13,anders jedoch für den Anspruch aus § 945, vgl.a.a.O. S.102.Anderer Meinung offenbar Bienenfeld a.a.O. S.359, der die Vollstreckung für rechtmäßig,die Erwirkung der Vollstreckung durchden Gläubiger aber für rechtswidrig hält.Noch weitergehend J.Goldschmidt,Der ungerechtfertigte Vollstreckungsbetrieb S.73 ff, der auch die Vollstreckung selbst für rechtswidrig hält.Wie hier ähnlich Kuttner,Nebenwirkungen der Zivilurteile S.17 f Nr.8; Geib,Rechtsschutzbegehren S.105; Hellwig-Oertmann,System des deutschen Zivilprozeßrechts II S.166,176. 320) Rosenberg a.a.O. § 174

Zusammenfassend kann gesagt werden: soweit die Rechtsordnung Haftungsfolgen an Zustände knüpft,die die Folgen, und zwar die unvermeidbaren Folgen einer erlaubten Tätigkeit sind,gibt sie lediglich an,daß sie den Zustand für ausgleichungsbedürftig hält,nicht jedoch auch,daß sie die Herbeiführung der Schädigung für rechtswidrig hält.Sie enthält insoweit lediglich Bewertungs- und Rechtsfolgenormen.Zu einer rechtswidrigen Schädigung wird eine Schädigung erst dann,wenn sie unter Verstoß gegen eine Verhaltensnorm herbeigeführt worden ist.Zwar sind die meisten Rechtsge - oder verbote nicht ausdrücklich ausgesprochen,sie ergeben sich dann meistens aus den Rechtsfolgenormen oder den sekundären Normen,[324] soweit sie sich mit dem Unrecht befassen.[325] Während jede Rechtsnorm,die eine Strafe an ein bestimmtes Verhalten knüpft,indirekt aussagt,was sie für rechtswidrig hält,und damit stets neben der Rechtsfolgenorm auch eine Verhaltensnorm enthält,so gilt dasselbe für eine Rechts - norm,die nur eine Schadensersatzverpflichtung begründet, nicht schlechthin.Sicher ist in diesen Fällen der Schluß auf eine Verbotsnorm nur dort,wo Vorsatz oder Fahrlässigkeit Voraussetzung der Schadensersatzpflicht ist.[326] Nur dort kann man davon ausgehen,daß die Schädigungshandlung einschließlich des Schädigungserfolges,wenn man so will, verboten und daher rechtswidrig ist.Die Rechtsfolgenormen der Gefährdungshaftung sowie die der übrigen Fälle von Haftung ohne Verschulden enthalten keine Verhaltensnormen.[327] Infolgedessen kann man auch nicht davon ausgehen,daß die Schädigungshandlung einschließlich der Schädigung selbst verboten und daher rechtswidrig ist.[328]

VI 1 f. 321) Rosenberg a.a.O. 322) Baumbach,Erläuterungen 2 A zu § 717; Stein-Jonas-Schönke,Erläuterungen II zu § 717; Lent,Zwangsvollstreckungsrecht,4.Aufl.1953, S.102. 323) Oben S. 76. 324) so genannt von Bierling,Juristische Prinzipienlehre. 325) Fischer a.a.O. S.112. 326) Fischer a.a.O. S.113; ebenso Hold von Ferneck,Rechtswidrigkeit, S. 352 f. 327) Bienenfeld a.a.O. S.128; Hold von Ferneck a.a.O. S.353 ; Fischer a.a.O. S.102 ff; Rümelin a.a.O. S. 45 ff; vgl. auch hierzu Esser,Schuldrecht,2.Aufl. 1960, S. 189. 328) Hold von Ferneck a.a.O. S. 349: Haftung ohne Verschulden und objektives Unrecht sind verschiedene Dinge, ferner a.a.O. S.353: aus dem Vorhandensein einer Ersatz - pflicht ohne Verschulden könne niemals nach rückwärts auf Rechtswidrigkeit geschlossen werden.Ebenso auch Mattern-Raisch,Atomgesetz,1961 Erläuterungen zu § 25 Randnote 1ff,

Diese Haftung,die als Erfolgshaftung,Haftung ex lege, Zufallshaftung oder auch als Haftung aus Quasidelikt be - zeichnet wird,stellt eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz dar,daß Schadensersatz nur für Schaden zu leisten ist,der aus einer rechtswidrigen Handlung entstanden ist. Sie beruht auf Gesetz und läßt eine Ausweitung ohne ge - setzliche Grundlage nicht zu.[329] Durch die Erkenntnis,daß sie keine Haftung für Handlungsunrecht ist,steht sie dem oben gefundenen Ergebnis nicht entgegen,sondern bestätigt es vielmehr: das Gesetz verbietet nicht einen Zustand,son- dern mißbilligt ihn nur dann,wenn er die Folge einer ver- botenen Handlung ist,das heißt dann auch: das Gesetz miß- billigt einen Zustand dann nicht,wenn er die Folge einer Handlung ist,die das Gesetz nicht verbietet oder die es sogar erlaubt,es sei denn,daß das Gesetz eine Haftung ohne Verschulden,das heißt ohne Unrecht ausdrücklich vorsieht; allerdings erstreckt sich das Nicht-Mißbilligen nicht auf jeden Erfolg einer erlaubten Tätigkeit,sondern nur auf sol- che,die die unvermeidbaren Folgen einer solchen Tätigkeit sind. Das aber gilt in gleichem Maße für alle Gründe,die nach allgemeiner Meinung die Rechtswidrigkeit einer Schä- digung ausschließen,wie Notwehr,Notstand nach §§ 228,904 BGB,mit Einschränkungen auch Einwilligung,übergesetzlichen Notstand und Wahrnehmung berechtigter Interessen.

3) Es beruht auf einer Verkennung,wenn angenommen wird, Notwehr gebe das Recht,in das Rechtsgut eines anderen ein- zugreifen.[330] Das Gesetz sagt nur,die durch Notwehr ge - botene Handlung sei nicht widerrechtlich; das bedeutet,daß es einen Erfolg,der durch eine Notwehrhandlung herbeige - führt worden ist,nicht mißbilligt,weil es die Handlung selbst als nicht widerrechtlich ansieht.Es kann sein,daß

---

die annehmen,die Frage der Widerrechtlichkeit stelle sich bei der Gefährdungshaftung nicht; ferner Wiethölter a.a.O. S. 11, Gefährdungshaftung sei Haftung für Nicht-Unrecht.
329) vgl.RGZ 116,287; 126,30; 147,353; 159,68. 330) vgl. Stoll JZ 1958,139 f; May NJW 1958,1264; Wussow NJW 1958,81; Boennecke NJW 1960: allen die Rechtswidrigkeit ausschlies- senden Rechten sei bisher als gesetzgeberisches Prinzip erkennbar gemeinsam,daß dem Handelnden das Recht einge - räumt sei,in die Rechtssphäre des Dritten einzugreifen; dies gelte sowohl für Notwehr,Selbsthilfe,Einwilligung als auch für Geschäftsführung ohne Auftrag,Güterabwägung,Wah- rung berechtigter Interessen,Handeln auf Befehl.

Handlung und Erfolg in einem so engen Verhältnis zueinander stehen,daß man sie als Einheit aufzufassen hat.Das ist immer dann der Fall,wenn der Eingriff selbst bewußt und gewollt herbeigeführt worden ist.Greift A den B an und kann sich dieser nur dadurch wehren,daß er den A durch einen Schuß verletzt,so ist es richtig zu sagen,er habe den schädlichen Erfolg berechtigt herbeigeführt.Wenn aber B den A bei einem Diebstahl stellt und einen Warnschuß abgibt, ohne den A verletzen zu wollen,wodurch A einen Schock bekommt und einen Gesundheitsschaden davonträgt,so kann man unmöglich davon sprechen,daß B das Recht gehabt habe,in die körperliche Unversehrtheit des A einzugreifen.Trotzdem wird man dem B die Möglichkeit nicht versagen können,sich auf Notwehr zu berufen; denn wenn die Abwehrhandlung objektiv erforderlich und geeignet war,dann kann man nicht annehmen, der Erfolg sei rechtswidrig herbeigeführt worden,weil eine solche Gesundheitsverletzung objektiv nicht erforderlich gewesen sei.Die Widerrechtlichkeit ist in diesem Falle ausgeschlossen,weil die Handlung in berechtigter Notwehr begangen wurde und die Gesundheitsbeschädigung unter den gegebenen Umständen die unvermeidbare Folge einer nicht widerrechtlichen Handlung war.Das Gesetz mißbilligt im § 823 Abs.1 BGB aber nur solche schädlichen Erfolge,die durch eine widerrechtliche Handlung herbeigeführt worden sind.

Das gleiche gilt auch für andere Rechtfertigungsgründe. [331] Wenn A eine dem B gehörende Mauer beschädigt,weil von ihr eine Gefahr für ihn ausgeht,so kann man sagen, A habe die Mauer berechtigt beschädigt,weil § 228 BGB dies gestatte.Wenn ein Arzt einen Patienten mit dessen Einwilligung operiert,kann man ebenfalls annehmen,er habe berechtigt in die körperliche Unversehrtheit des Patienten ein - gegriffen.Wenn aber durch die Beschädigung der Mauer im ersten Falle ein von keinem bemerkter verborgener Spreng-

---

331) Wiethölter sagt a.a.O. S.10 zutreffend,der Rechtfertigungsgrund sei nicht ausschließlich als Eingriffsrecht denkbar; das Verhältnis von Regel und Ausnahme führe dazu, daß der Gegennorm notwendig etwas vom Charakter des Ein - griffsrechts anhafte; Selbstverteidigung etc. träfen den Verletzten als Eingriff eines Berechtigten.Der Aspekt des Eingriffsrechts trete deshalb so stark in den Vordergrund, weil rechtswidrige Verletzungen Eingriffe seien und nur dann diesen Charakter verlören,wenn ein Recht des Täters gegen

körper zur Explosion gebracht wird,wodurch das Haus des B beschädigt wird, oder wenn im zweiten Falle infolge der Operation eine weitere Gesundheitsstörung eintritt oder ein Blutgerinnsel entsteht,das den Tod des Patienten herbeiführt,so kann man nicht davon sprechen,daß der weitergehende Zustand berechtigt herbeigeführt worden ist.Trotzdem ist hier die Widerrechtlichkeit deswegen ausgeschlossen,weil der weitergehende Zustand die unter den gegebenen Umständen unvermeidbare Folge einer nicht widerrechtlichen Handlung ist.Das Gesetz mißbilligt im § 823 Abs.1 BGB aber nur solche Erfolge,die durch eine widerrechtliche Handlung herbeigeführt worden sind.

Das Recht zum Eingriff ist als Kriterium für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit überhaupt nur dort verwertbar,wo der Handelnde den schädlichen Erfolg,so wie er eingetreten ist,auch wirklich bewußt und gewollt herbeigeführt hat,also nur bei vorsätzlichen Eingriffen.In Fällen,in denen ein weitergehender Erfolg unbewußt und ungewollt eingetreten ist,liegt das Kriterium des Ausschlusses der Widerrechtlichkeit nicht im Recht zum Eingriff,sondern darin,daß der weitergehende schädliche Erfolg die notwendige oder unvermeidbareFolge einer rechtmäßigen Tätigkeit ist.

Hier zeigen sich deutlich die Parallelen zu den Grundsätzen,die der Bundesgerichtshof [332)] in der genannten Verkehrsentscheidung aufgestellt hat,wenn er sagt,der eingetretene Erfolg gebe keinen ausreichenden Grund her, das Verhalten mit dem negativen Werturteil der Rechtswidrigkeit zu versehen,da das Urteil der Rechtswidrigkeit die zum Erfolg führende Handlung nicht unberücksichtigt lassen könne.Geht man von der Richtigkeit dieser Auffassung aus, so kann dem BGH nicht der Vorwurf gemacht werden,mit seiner Entscheidung werde der Tod von Zehntausenden von Verkehrsopfern legitimiert.Nicht ein Recht zum Eingriff,sondern die Unvermeidbarkeit des Erfolges einer rechtmäßigen Tätigkeit

---

Unrecht des Verletzten oder ein höheres Recht des Täters gegen ein niederes Recht des Verletzten antrete. 332) BGHZ 24,21.

schließt bei den Fahrlässigkeitsdelikten die Widerrechtlichkeit aus.Von einer Billigung des Eingriffs,wovon die Kritiker des Bundesgerichtshofs sprechen,kann keine Rede sein,weil ein Eingriff im Sinne einer bewußten und gewollten Beeinträchtigung [333] überhaupt fehlt.

Die Frage kann im Einzelfalle nur sein,wann ein schädlicher Erfolg die notwendige oder unvermeidbare Folge einer rechtmäßigen Handlung ist.Er ist es gewiß dann,wenn er in einem so engen Verhältnis zu der erlaubten Tätigkeit steht,daß Tätigkeit und Erfolg eine Einheit bilden.Das ist nicht nur bei den bewußten und gewollten Eingriffen,die zum Beispiel wegen Notwehr gerechtfertigt sind,sondern auch dort,wo nur eine erlaubte Tätigkeit vorliegt,von der unabsichtlich,aber zwangsläufig Einwirkungen in die Rechtssphäre Dritter ausgehen,wie Spielen auf einem gemieteten Klavier,der von einem Kraftfahrzeug ausgehende normale Lärm, die durch den Kraftverkehr,Luftverkehr,Eisenbahn- und Straßenbahnverkehr bedingten Erschütterungen der anliegenden Häuser.Alle diese Erfolge stehen in einem so engen Verhältnis zu der erlaubten Tätigkeit,daß sie nur dadurch vermieden werden könnten,daß die erlaubte Tätigkeit selbst unterbleibt.Da die Betroffenen die erlaubte Tätigkeit dulden müssen,sind die Beeinträchtigungen nicht widerrechtlich herbeigeführt,weil sie die notwendige und unvermeidbare Folge dieser erlaubten und daher zu duldenden Tätigkeit sind.Bis hierher kommt die herrschende Lehre zum gleichen Ergebnis,nur mit dem Unterschied,daß unzutreffenderweise darauf abgestellt wird,ob der Betroffene die Beeinträchtigung selbst dulden muß.

Etwas anders liegen die Fälle des verkehrsrichtigen Verhaltens.Wenn ein Kraftfahrer,der sich objektiv verkehrsrichtig verhält,trotzdem ein Kind anfährt,das unerwartet auf die Straße läuft,so kann man nicht unbedingt sagen,daß mit der erlaubten Tätigkeit des Autofahrens notwendig und zwangsläufig die Verletzung anderer Menschen

---

333) vgl.hierzu auch Schack JR 1958,208,der eben wegen dieses Umstandes den bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch nicht dem Aufopferungsanspruch im eigentlichen Sinne unterstellt,sondern der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung.Eingriff ist nach ihm nur die bewußte und gewollte Beeinträchtigung.Ebenso Esser,Schuldrecht,2.Aufl.S. 227.

verbunden ist,wie das bei dem von einem Kraftfahrzeug ausgehenden Lärm der Fall ist.Hier ist der schädliche Erfolg nicht in dem Sinne unvermeidbar,daß er nur dadurch vermieden werden könnte,daß gleichzeitig auch die Tätigkeit selbst unterbleibt.Der Kraftfahrer hätte sich nur anders zu verhalten brauchen,dann wäre der Erfolg vermieden worden. Wenn man hier von Unvermeidbarkeit des Erfolges spricht,so meint man,daß der Kraftfahrer oder der Lokomotivführer eine grundsätzlich erlaubte Tätigkeit so ausübt, daß bei normalem Verlauf an sich ein schädlicher Erfolg nicht eintreten kann.In welcher Weise die Tätigkeit ausgeübt werden muß,richtet sich nicht allein danach,was die abstrakten Verkehrsregelungsvorschriften gebieten,sondern auch und vor allem danach,was die allgemeinen Verhaltensnormen,wie die des § 823 Abs.1 BGB gebieten.Die Verkehrsregelungsvorschriften sind ja nur der Niederschlag der Erkenntnis dessen,was für fremde Güter schädlich werden kann. Sie bieten daher nur einen Anhalt dafür,ob der Kraftfahrer sich den objektiven Sorgfaltsregeln entsprechend verhalten hat.Ob er es wirklich getan hat,richtet sich nicht allein nach den Regelungsvorschriften,wie der Straßenverkehrsordnung,sondern danach,was im konkreten Fallevon ihm verlangt werden konnte; dabei spielen auch subjektive Momente,wie die Erfolgsvorhersehbarkeit,eine Rolle.Der Kraftfahrer verhält sich danach nicht schon dann den objektiven Sorgfaltspflichten entsprechend,wenn er die durch Gesetz vorge - schriebene Geschwindigkeitsbeschränkung einhält,sondern erst dann,wenn er sich in einer konkreten Verkehrssituation so verhält,wie sich jeder andere auch,insbesondere auch der nachträglich urteilende Richter verhalten hätte.[334] Wollte man Unfälle,die trotz Einhaltung dieser Sorgfalt eintreten,doch als vermeidbar bezeichnen,so würde das bedeuten,daß man sich mit seinem Kraftfahrzeug noch so sorgfältig verhalten kann,man handelt immer rechtswidrig; man müßte dann davon ausgehen,daß die Rechtsordnung den gefähr-

334) An der Entscheidung des BGH in BGHZ 24,21 ist daher zu Recht kritisiert worden,daß die Frage der Verkehrsrichtigkeit nicht allein an den Verkehrsgesetzen gemessen werden könne,daß man vielmehr auf alle verkehrserforderlichen Sorgfaltspflichten abstellen müsse,zum Beispiel Wiethölter, a.a.O. S.12.

lichen Verkehr nur unter der Bedingung gestattet,daß niemand geschädigt wird,während sie in Wirklichkeit,wie die Ausgestaltung der Gefährdungshaftung zeigt,den gefährlichen Verkehr gestattet,obwohl die Möglichkeit einer Schädigung nicht ausgeschlossen werden kann.So kann man also auch hier sagen: schädliche Erfolge,die trotz Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfaltspflicht eintreten, sind ebenfalls objektiv unvermeidbare Folgen einer erlaubten Tätigkeit,weil sie sonst nur so vermieden werden könnten, daß die erlaubte Tätigkeit selbst,nämlich der verkehrsgemäße Betrieb unterbleibt.Nicht das Recht zum Eingriff auf der einen und eine Duldungspflicht auf der anderen Seite schließen bei Fahrlässigkeitsdelikten die Rechtswidrigkeit aus,sondern die Tatsache,daß der Erfolg eine unvermeidbare Folge einer nicht nur grundsätzlich erlaubten,sondern im konkreten Falle den objektiven Sorgfaltspflichten entsprechend und daher verkehrsrichtig ausgeübten Tätigkeit ist.

4) Auf der gleichen Ebene liegen die Impfpflichtfälle, auf die zur Abrundung des Bildes noch eingegangen werden soll.Während das Reichsgericht [335] einen Aufopferungsanspruch bei Impfschäden grundsätzlich versagt hatte,weil ein solcher gegenüber einer durch Gesetz angeordneten Maßnahme nicht gegeben sei und weil ein solcher nur bei Eingriffen in das Eigentum oder in vermögenswerte Rechte bestehe,billigte der Bundesgerichtshof einen solchen Anspruch in ständiger Rechtsprechung zu.[336] Er meinte,das Impfgesetz verlange nur,daß die "natürlicherweise und allgemein mit der Impfung verbundenen Nachteile",nicht aber darüber hinausgehende gesundheitliche Schäden hingenommen werden müßten; hier handele es sich um ein Sonderopfer, das nicht jedem in der gleichen Weise auferlegt sei.Dem ist im Ergebnis bedenkenlos zu folgen.Der Bundesgerichtshof berücksichtigt aber in der Begründung nicht hinreichend,daß dem Betroffenen hier ebensowenig bewußt und ge-

---

335) RGZ 156,305; ebenso auch OLG Hamburg MDR 1951,627.
336) BGHZ 9,83; 24,45; sehr weitgehend BGH MDR 1960,119; ebenso KG SJZ 1950,819 mit Anmerkung von Coing; zustimmend Schack JZ 1957,554 und MDR 1951,263;ablehnende Stellungnahme zur Ausweitung auf "Merkblattimpfung" durch BGHZ 24, 45 und BGH MDR 1960,119 Menger Verw.Arch.48,352,358.

wollt ein Sonderopfer auferlegt wird wie in den Fällen des bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruchs,den "Immissionsfällen des Aufopferungsanspruchs". [337] Im Gegensatz zur Enteignung,wo der Eigentumseingriff das Ziel der hoheitlichen Maßnahme ist,ist in den Impffällen der schädliche Erfolg nur die unvermeidbare Folge einer zulässigen Eingriffshandlung.Aus diesem Grunde wird auch im neueren Schrifttum [338] dieser Entschädigungsanspruch nicht dem Aufopferungsanspruch im engeren Sinne unmittelbar unterstellt,sondern in ihm ein Anwendungsfall öffentlich-rechtlicher Gefährdungshaftung erblickt..Hierbei handelt es sich aber nicht um Haftung für Unrecht,sondern um das Einstehenmüssen für unvermeidbare Folgen einer rechtmäßigen Handlung. [339] Der Umstand,daß die Rechtsordnung dem Betroffenen nicht zumutet,gewisse schädlichen Folgen selbst zu tragen, gibt keinen Grund her,den Eingriff nebst seinem unvermeidbaren Erfolg als rechtswidrig zu bezeichnen.Ein Erfolg kann,gleichgültig,ob die Rechtsordnung an ihn irgendwelche Rechtsfolgen knüpft,für sich allein nicht ein Rechtswidrigkeitsurteil über die Verursachung begründen.Die Frage,ob man den Erfolg als rechtmäßig oder rechtswidrig ansieht,ist rein terminologischer Art,soweit damit nur zum Ausdruck gebracht werden soll,daß die Rechtsordnung einen bestimmten Zustand ohne Rücksicht auf die Art und Weise seines Zustandekommens für ausgleichungsbedürftig hält.Aber sobald die Rechtsordnung einen bestimmten Zustand nur dann für ausgleichungsbedürftig hält,wenn seine Herbeiführung mißbilligt wird,hängt die Rechtswidrigkeit des Erfolges allein von der Rechtswidrigkeit seiner Herbeiführung ab,nicht umgekehrt die Rechtswidrigkeit der Handlung von der Rechtswidrigkeit des Erfolges.Das wäre ein Kreis- und Fehlschluß.

IV. 1) Auch die Impfpflichtfälle zeigen,daß das Kriterium für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht das Recht zum Eingriff einerseits und einer Duldungsverpflichtung andererseits,sondern die

---

337) siehe oben S.68 und 72. 338) Schack JR 1958,208; Scheuner DÖV 1955,548 Anm.18; Forsthoff,Lehrbuch des Verwaltungsrechts,Allgemeiner Teil,6.Aufl. 1956 S.302. 339) vgl. S. 72 f .

Tatsache ist, daß der schädliche Erfolg die unvermeidbare Folge einer rechtmäßigen Eingriffshandlung ist.

2) Diese neuere Auffassung muß natürlich den Widerspruch der bisherigen Lehre hervorrufen, besonders dann, wenn diese annimmt, der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens sei systemwidrig, weil er kein Recht zum Eingriff gewähre. Die neuere Auffassung ist aber gar nicht so revolutionär, wie es den Anschein hat. Einmal sei darauf hingewiesen, daß in der Strafrechtslehre eine verbreitete Meinung dem Gedanken der sozialen Adäquanz durchaus Rechnung trägt, ohne die finale Handlungslehre anzuerkennen. [340] Zutreffend bemerkt Nowakowski [341], daß die Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt sich als Rechtfertigungsgrund nicht von dem der sozialen Adäquanz und dem des erlaubten Risikos unterscheide. Mezger [342] hält "die mindestens teilweise systematische Einreihung der sozialen Adäquanz in den Unrechtstatbestand ohne Aufgabe der bisherigen Tatbestandslehre" für möglich. Auch Wieacker [343] geht davon aus, daß der Rechtfertigungsgrund der sozialen Adäquanz mit den Mitteln der bisherigen Dogmatik zu begründen sei; die gleiche Auffassung vertritt offenbar auch Oehler [344], wenn er unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs über das verkehrsrichtige Verhalten [345] meint, auch für das Strafrecht seien die unvermeidlichen Schädigungen, die gerade heute in dem modernen Verkehr aufträten, nicht rechtswidrig. Die Anerkennung des verkehrsrichtigen Verhaltens als Rechtfertigungsgrund ist im Strafrecht also auch vom Boden der bisherigen Dogmatik sehr weit fortgeschritten.

---

340) Schönke-Schröder, Vorbemerkungen III 8 vor § 51; H. Mayer, Allgemeiner Teil S. 187; Mezger in LK, Erläuterungen 10 h cc vor § 51; Kohlrausch-Lange, StGB, 43. Aufl. 1961, Erläuterungen IV 4 zu § 59; Olshausen - Niethammer, StGB, 12. Aufl., Erläuterungen 4 vor § 51; BGH NJW 1957, 1526; ferner auf Grund der finalen Handlungslehre: Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951 S. 56, 90; Welzel, Strafrecht, 6. Aufl. S. 56, 74; Welzel, Das neue Bild, 1957 S. 23 f; vgl. auch Nipperdey NJW 1957, 1777; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. S. 1299; Hueck RdA 1956, 201, 203; BAG 1, 291. 341) JZ 1958, 390. 342) NJW 1953, 2 ff, bes. Seite 6. 343) JZ 1957, 535. 344) Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung S. 75. 345) BGHZ 24, 21.

Welzel [346] hat betont,daß die finale Handlungslehre sich damit begnüge,daß ihre Gegner zum selben Ergebnis wie sie gelangten.

Nur konsequent ist es,wenn Nipperdey [347] die Lehre von der Sozialadäquanz auf das zivilrechtliche Deliktsrecht übertragen wissen will.Auch W.G.Becker,[348] der der finalen Handlungslehre gewisse rechtstheoretische Bedenken entgegenhält,steht der Sozialadäquanz im zivilrechtlichen Deliktsrecht nicht ablehnend gegenüber,wenn er unter Hinweis auf das Rechtsgebilde der "negligence" im amerikanischen Recht die Emanzipation eines selbständigen Fahrlässigkeitsdelikts für möglich hält und meint,das Fahrlässigkeitsdelikt der Risikokreation wäre dann als Unrecht zu verfolgen, wenn es nicht sozialadäquat wäre,andererseits als Unglück freizustellen,wenn es sozialadäquat wäre;letzterenfalls wäre es möglicherweise mit zivilrechtlichen Haftungsfolgen auszustatten,und zwar im Sinne einer Gefährdungshaftung oder der "negligence without fault" des amerikanischen Rechts. [349] Wenn nun gerade gegen den Unrechtsausschliessungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens,des erlaubten Risikos oder der Sozialadäquanz im Zivilrecht auch von solchen Autoren Stellung genommen wird,die der Lehre von der Sozialadäquanz ihre Berechtigung im Strafrecht nicht bestreiten, [350] so liegt darin eine gewisse Inkonsequenz. Die Frage,was rechtswidrig ist und was die Rechtswidrigkeit ausschließt,kann nur für die gesamte Rechtsordnung einheitlich beantwortet werden.[351] Insoweit hat Niese [352] unrecht,wenn er von der finalen Handlungslehre ausgehend für das Strafrecht einen personalen Unrechtsbegriff fordert, im Zivilrecht es aber bei einem sachverhaltsbezogenen,erfolgsbetonten Unrechtsbegriff belassen will. Es kann im Gegensatz zu dieser Auffassung,die auch Lehmann vertritt,[353] nicht davon ausgegangen werden,daß die Verschiedenartigkeit

346) Str frecht,6.Aufl.,Vorwort S.VII. 347) Enneccerus-Nipperdey,BGB,Allgemeiner Teil,15.Aufl. S.1299 und NJW 1957, 1777. 348) Gegenopfer und Opferverwehrung,1958 S. 267 f. 349) Auch Esser,Schuldrecht,2.Aufl. 1960 erkennt die Sozialadäquanz im Zivilrecht an,vgl.S 189 f; ebenso BAG 1, 291.Gegen die Annahme,daß die Sozialadäquanz die Rechtswidrigkeit ausschließe, Boennecke NJW 1960,1189. 350) Wieacker a.a.O.; Niese a.a.O.; Stoll JZ 1958,143. 351) vgl. oben S. 46 ff. 352) a.a.O und JZ 1956,457. 353) Enneccе-

der Zwecke von Straf- und Zivilrecht einen verschieden gearteten Handlungsunrechtsbegriff,überhaupt einen verschieden gearteten Unrechtsbegriff erforderten.Wenn das zivilrechtliche Deliktsrecht überhaupt Unrecht im Sinne eines Normenverstoßes ist,so muß das,was dem Unrechtsurteil unterliegt,unabhängig davon festgestellt werden können,welchem Zweck die Rechtsfolge dient. Welzel [354] hat hingegen mit Recht keine Bedenken,daß die Lehre von der Sozialadäquanz und damit ein personaler Unrechtsbegriff auch im Zivilrecht Anwendung findet.Demgegenüber gehen die Vorwürfe Bindokats [355] ins Leere,wenn er sich gegen "mehrerlei Unrecht" wendet,das in Straf- und Zivilrecht gelten soll.

V. Aber abgesehen davon,daß im Strafrecht die Lehre von der sozialen Adäquanz weitgehnd anerkannt ist,gibt es noch einen anderen Gesichtspunkt dafür,daß die neuere Auffassung über das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund,die mit der Lehre von der Sozialadäquanz identisch ist, [356] nicht so revolutionär ist,wie sie erscheint.Sie ist nämlich im Grunde nichts anderes als die konsequente Weiterbildung der im Zivilrecht allgemein anerkannten adäquaten Verursachungslehre.

Der ursächliche Zusammenhang hat im Rahmen der Schadensersatzpflicht einmal Bedeutung für die Frage,ob überhaupt ein Handeln einen bestimmten Erfolg herbeigeführt hat,also für den Haftungsgrund,zum anderen für die Frage, ob der eingetretene Schaden die Folge des schädigenden Ereignisses ist. [357] Nach der im Zivilrecht nahezu einhelligen Meinung wird die Frage des ursächlichen Zusammenhanges nicht nach der im Strafrecht vorwiegend angewendeten Bedingungstheorie,sondern nach der adäquaten Verursachungs-

---

rus-Lehmann,Schuldrecht,15.Aufl. 1958 S.933;ähnlich auch Reimer Schmidt in Soergel-Siebert,BGB § 276 Bem.20; Stoll a.a.O. 354) Strafrecht,6.Aufl. S.56,74. 355) JZ 1958, 553. 356) Nipperdey a.a.O.,besonders NJW 1957,1777;ebenso Wieacker JZ 1957,536. 357) vgl.auch Esser,Schuld - recht,2.Aufl. 1960 S.232.

theorie beantwortet. [358] Danach scheidet ein menschli - ches Verhalten,das für einen Erfòlg zwar eine conditio sine qua non,aber keine adäquate Bedingung ist,als Ursache im Rechtssinne aus.Das Wesen der Adäquanz läßt sich nicht, wie man zunächst annahm,erkenntnistheoretisch erfassen. Daß bestimmte Bedingungen eines schädlichen Erfolges nicht als adäquat angesehen werden und damit als Ursachen im Rechtssinne ausscheiden,ist das Ergebnis einer wertenden Rechtsbetrachtung; der fehlende Ursachenzusammenhang läßt sich nicht cognitiv erfassen,sondern ist das Ergebnis einer Wertung.

---

358) vgl.Traeger,Der Kausalbegriff im Straf-und Zivil - recht,1929 und ihm folgend die Rechtsprechung,zum Beispiel RGZ 115,153; 133,126; 135,149; 148,154; 152,401; 158,134; 164,41; 168,86; ferner BGHZ 3,261,allerdings schon mit anderer theoretischer Begründung.Die Bedingungstheorie,die ursprünglich von Mommsen und Windscheid auch für das Zivilrecht vertreten worden war,wird den Erfordernissen des Zivilrechts nicht gerecht;sie kann zwar die unterste Grenze der Haftung bestimmen,verwechselt aber den natürlichen Kausalzusammenhang mit dem haftungsbegründenden Kausalzusammenhang,vgl. die Kritik Mezgers in Lehrbuch S.122ff; Auch die Relevanztheorie,die unter mehreren Bedingungen nur eine besonders wirksame oder die nächste als Bedingung im Rechtssinne betrachtet und die im Unfallversicherungsrecht der Reichsversicherungsordnung,im beamtenrechtlichen Unfallfürsorgerecht und im Recht der Kriegsopferversorgung angewendet wird,ist im Zivilrecht nicht zur Anerkennung gelangt. Unter den verschiedenen Theorien der adäquaten Verursachung hat sich die von Kries vertretene,die auf die subjektive Vorhersehbarkeit abstellt,ebensowenig durchgesetzt wie die rein objektive von Rümelin vertretene Theorie (Archiv für zivilistische Praxis Band 90,171).Rümelin läßt auch die Bedingungen als solche gelten,die den Erfolg objektiv begünstigt haben,wobei er alle Umstände heranzieht,auch die zur Tatzeit für niemanden erkennbaren.Dagegen Traeger a.a.O.,besonders S.18,auf dessen Lehre die herrschende Meinung beruht.Zur adäquaten Verursachungslehre auch Esser,Schuldrecht,2.Aufl. 1960 S. 236.Grundsätzliches auch bei Leonhard,Die Kausalität als Erklärung durch Ergänzung,1946 S.25ff,31ff,der sich kritisch zur Adäquanz - theorie äußert und meint,das Wort "adäquat" diene nur dazu, Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten zu verdecken, S, 31,90. Er geht davon aus,daß das Ziel der Kausalforschung das Begreifen einer Veränderung sei,die uns nur teilweise bekannt sei und daher noch nicht verständlich sei,das Mittel sei die Art des Vorgangs soweit zu ergänzen,daß dadurch sein Wesen aufgeklärt werde,S.79.Ursache ist ihm,was einen Vorgang durch seine Ergänzung begreiflich macht,oder noch kürzer: Kausalität ist Erklärung durch Ergänzung,S.80.Er meint, die Rechtsprechung folge zwar theoretisch der abzulehnenden Adäquanztheorie,lasse sich aber in Zweifelsfällen von anderen Gesichtspunkten leiten,wie zum Beispiel,ob der Erfolg

1) Auch hier ist es der Bundesgerichtshof gewesen,der im Anschluß an Lindenmaier [359] zur Frage des Wesens der Adäquanz eine völlig neue Auffassung vertrat.Er sprach aus, bei der Frage,ob Adäquanz gegeben sei,handele es sich nicht eigentlich um eine Frage der Kausalität,sondern um die Ermittlung der Grenze,bis zu der dem Urheber einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen billigerweise nicht zugemutet werden könne.[360] Der Ursachenzusammenhang lasse sich durch abstrakte Regeln nie völlig beantworten,daher sei die Haftungsgrenze im Zweifel nach dem freien Ermessen des Richters festzusetzen. [361] Es handele sich insoweit um eine im § 242 BGB wurzelnde Haftungsbeschränkung.Die Bedeutung dieser Rechtsprechung liegt in der Aufgabe eines erkenntnistheoretisch abgeleiteten Prinzips.Der Bundesgerichtshof folgt mit dieser Rechtsprechung im wesentlichen der Auffassung Lindenmaiers,der in dem Prinzip der adäquaten Verursachung erstmalig eine im § 242 BGB ihre Grundlage findende Haftungsbeschränkung und demgemäß in der Beanspruchung einer über diese Grenze hinausgehenden sich aus der Bedingungstheorie ergebenden Rechtsfolge eine unzulässige Rechtsausübung gesehen hat.[362]

Diese Auffassung verdient volle Anerkennung,weil sie den Betrachter aus der starren Dogmatik entläßt und ihm einen freieren Blick auf den eigentlichen Zweck gestattet, dem das in Betracht kommende Rechtsgebiet zu dienen bestimmt ist.Eigentlich ist es doch nicht verständlich,weshalb in verschiedenen Rechtsgebieten verschiedene Kausalitätslehren angewendet werden.So ist denn ein schädigendes Ereignis für einen Gesundheitsschaden im Sinne des Unfallversicherungsrechts der Reichsversicherungsordnung,des beamtenrechtlichen Unfallfürsorgerechts oder des Rechts der Kriegsopferversorgung mitunter deswegen nicht ursächlich, weil es nicht die wesentliche Ursache darstellt.Es handelt sich hier um einen Anwendungsfall der Relevanztheorie.

---

nach dem gewöhnlichen oder natürlichen Lauf der Dinge so eingetreten wäre,S.90. Vgl.auch W.G.Becker a.a.O. S.443. 359) ZHR 113,240. 360) BGHZ 3,261. 361) BGH NJW 1952, 1010. 362) ebenso Kühlewein NJW 1955,1581; bejahend auch Nastelski in der Besprechung der 19.Auflage von Palandt,BGB in NJW 1960,1709; dagegen vor allem Kirchberger NJW 1952, 1000; abweichend auch Larenz NJW 1955,1009;bejahend,aber

Die Relevanztheorie unterscheidet den natürlichen Kausalzusammenhang und den haftungsbegründenden Kausalzusammenhang.[363] Auch hier wird zunächst geprüft,ob ein ursächlicher Zusammenhang im Sinne der Bedingungstheorie besteht; das ist reine Tatsachenfeststellung.Erst wenn dieser Kausalzusammenhang bejaht wird,kommt es zur "Anwendung der im Unfallversicherungsrecht oder im Recht der Kriegsopferversorgung geltenden Kausalitätsnorm". [364] Das ist nicht mehr Tatsachenfeststellung,sondern Rechtsanwendung.[365] Die Kausalitätsnorm ist ein Rechtssatz des ungeschriebenen Rechts, der aus dem Sinn und Zweck des zur Anwendung kommenden Gesetzes zu entnehmen ist.Wenn der Sinn des Gesetzes darin besteht,jemanden für etwas zu entschädigen,dann entspricht eine Entschädigung nur solange dem Gesetz,als der Gesundheitsschaden,der zum Beispiel entschädigt werden soll, wirklich im ganzen noch auf dem schädigenden Ereignis beruht bzw. im Unfallversicherungsrecht noch von dem versicherten Risiko mitumfaßt wird.Bei der Anwendung der Kausalitätsnorm handelt es sich also nur um ein Hilfsmittel, dem Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht zu werden.So handelt es sich bei der Frage,ob auf dem Gebiete der Unfallversicherung eine Ursache im logisch-naturwissenschaftlichen Sinne eine "wesentliche Bedingung" ist,nicht eigentlich um eine Frage der Kausalität,sondern um die Ermittlung der Grenze,bis zu der ein Schaden entschädigt werden muß und nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes entschädigt werden soll.Es ist die Anwendung des Gesetzes seinem Sinn und Zweck entsprechend.Und wenn der Bundesgerichtshof für das Gebiet des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts ausgesprochen hat,bei der Frage der Adäquanz handele es sich nicht eigentlich um eine Frage der Kausalität,sondern um die Ermittlung der Grenze,bis zu der dem Urheber einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen billigerweise nicht zugemutet werden könne,so ist es nicht richtig,diese wertvolle Erkenntnis damit abtun zu wollen,daß für Billigkeits-

---

einschränkend auch Esser,Schuldrecht S.238. 363) siehe Mezger,Lehrbuch S. 116,122,auch die Zusammenstellung zum Beispiel bei Schönke-Schröder Vorbemerkungen IV zum Allgemeinen Teil. 364) BSGE 1,72,150; 1,268; 6,193; 7,55. 365) Für Qualifizierung als rechtliche Wertung auch Esser, Schuldrecht S.235 unter Hinweis auf v.Caemmerer gegen Leh-

erwägungen bei der Prüfung des ursächlichen Zusammenhanges kein Raum sei und die dahingehende Rechtsprechung zu einer Aufweichung unseres Schadensersatzrechts führe. [366] Es handelt sich hier nicht um Billigkeitserwägungen, sondern um die Anwendung des Gesetzes seinem Sinn und Zweck entsprechend. Dieser besteht nämlich nicht schlechthin darin, jedem, der eine auch noch so entfernte Erfolgsbedingung gesetzt hat, eine Haftung aufzubürden., sondern darin einen gerechten Schadensausgleich unter Beachtung der Erfahrungssätze herbeizuführen. Auch bei der adäquaten Verursachungslehre handelt es sich nur um ein Hilfsmittel, diesen Sinn des Gesetzes unter Korrigierung des Kausalzusammenhanges im logisch-naturwissenschaftlichen Sinne zu verwirklichen.

2) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wesen der adäquaten Verursachungslehre, die allerdings nicht ohne Widerspruch geblieben ist, stellt gleichsam eine Revolution dar. Denn mit diesem Auffassungswandel ist der Weg bereitet worden für einen beginnenden Wandel in der Auffassung der Rechtswidrigkeit und dem, was die Rechtswidrigkeit ausschließt, wie nunmehr ganz deutlich in der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund in Erscheinung getreten ist.

Wie ausgeführt, hat der ursächliche Zusammenhang einmal bei der Frage Bedeutung, ob ein bestimmtes Handeln einen bestimmten Erfolg herbeigeführt hat, und weiter dann auch, ob das schädigende Ereignis den eingetretenen Schaden herbeigeführt hat. Es handelt sich also um zwei verschiedene Kausalitätsreihen: einmal Verletzungshandlung - Verletzungserfolg (bzw. schädigendes Ereignis), sodann schädigendes Ereignis - Schaden. Es kann sein, daß Verletzungshandlung und Verletzungserfolg so eng zusammenliegen oder sogar zusammenfallen, daß für eine gedankliche Unterscheidung und damit für eine gesonderte Prüfung des Kausalzusammenhanges zwischen beiden kein Raum ist, während der ursächliche Zusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden im Hinblick auf die Adäquanz außerordentlich zweifelhaft ist. Andererseits kann ein sehr naheliegender Scha-

---

mann, der annimmt, bei der Kausalität handele es sich um das erkenntnistheoretische Verhältnis von Grund und Folge. 366)

den,der für jedermann vorhersehbar war,so unmittelbar sich an das schädigende Ereignis anschließen,daß für eine ge - sonderte Prüfung des Kausalzusammenhanges zwischen schädigendem Ereignis und Schaden kein Raum ist,während die Frage des Kausalzusammenhanges zwischen Handeln und Erfolg außerordentlich zweifelhaft ist.Schließlich besteht auch die dritte Möglichkeit,daß sowohl der Kausalzusammenhang zwischen Handeln und Erfolg als auch der zwischen Erfolg und Schaden zweifelhaft ist.In allen diesen Fällen muß man sich der Verschiedenartigkeit der zu beurteilenden Kausalitätsreihen bewußt sein.Dieser Unterscheidung ist sich der Bundesgerichtshof [367] allerdings offensichtlich nicht bewußt gewesen,sonst wäre es sicherlich nicht zu der Formel gekommen,das Wesen der Adäquanz liege in der Grenze,bis zu der dem Urheber einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen billigerweise nicht zugemutet werden könne.Diese Erkenntnis des Wesens der Adäquanz erfaßt zwar die Fälle,in denen es sich um den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und Schaden handelt,nicht jedoch die Fälle,in denen es sich um den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Handeln und Erfolg handelt.Denn unabhängig davon, ob eine Haftung für die Folgen einer Bedingung billigerweise zuzumuten ist,muß doch geprüft werden können,ob der objektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt ist.Das hat mit der Frage,ob letztlich für die Folgen der Bedingung gehaftet wird,überhaupt nichts zu tun.Es geht nicht an,den adäquaten Zusammenhang zwischen Handeln und Erfolg,also das Vorliegen einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 823 BGB damit abzulehnen,daß das Einstehenmüssen für die Folgen der Bedingung billigerweise nicht zuzumuten sei.

Aus diesem Grunde kann die allgemein gehaltene Formel des Bundesgerichtshofs zur Adäquanz nur dann gelten,wenn der Zusammenhang zwischen Handeln und Erfolg nicht zweifelhaft ist,wenn also feststeht,daß eine unerlaubte Hand-

---

Kirchberger a.a.O. S.1000. 367) BGHZ 3,261; 18,286; NJW 1952,1010.

lung vorliegt und nur die Frage zweifelhaft ist,ob der eingetretene Schaden noch in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit dem schädigenden Ereignis steht.Für die Frage, ob zwischen Handeln und Erfolg ein adäquater Kausalzusammenhang besteht,mit anderen Worten,ob eine unerlaubte Handlung vorliegt,kann die Adäquanz nicht die Grenze darstellen,bis zu der dem Urheber einer Bedingung eine Haftung für ihre Folgen nicht zugemutet werden kann.Andererseits kann man aber auch hier und gerade hier nicht auf das Erfordernis der Adäquanz verzichten.Denn die Fälle,in denen es ganz unwahrscheinlich ist,daß ein bestimmtes Verhalten einen bestimmten Erfolg hat,sind mindestens ebenso häufig wie die, in denen es ganz unwahrscheinlich ist,daß ein bestimmtes schädigendes Ereignis einen bestimmten Schaden zur Folge hat.Wenn man nicht bei der Prüfung des Kausalzusammenhanges zwischen Handeln und Erfolg auf das Erfordernis der Ad - äquanz im Rahmen dieser Kausalitätsreihe verzichten will, muß das Wesen der Adäquanz hier in etwas anderem zu sehen sein als der Grenze,bis zu der ein Einstehenmüssen nicht zuzumuten ist.

3) Die Adäquanz bedeutet: ein bestimmtes Verhalten,das für eine bestimmte Rechtsgutsverletzung eine conditio sine qua non ist,soll als Bedingung im Rechtssinne ausscheiden, wenn unter Anwendung eines objektiven Maßstabes die Möglichkeit des Eintritts einer Rechtsgutsverletzung infolge des Verhaltens eine so entfernte war,daß sie nach der Lebensauffassung vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden konnte. [368] Der Beurteiler hat sich dabei in die Zeit der Handlung zurückzuversetzen und alle damals gegebenen sowie auch die zukünftigen Umstände zu berücksichtigen,mit denen der Lebenserfahrung nach damals zu rechnen war,gleichgültig,ob der Handelnde mit ihnen rechnete oder zu rechnen brauchte. [369] Das bedeutet: die Rechtsordnung rechnet unter den bezeichneten Umständen einen schädlichen Erfolg einem bestimmten Verhalten nicht zu und verneint damit den

---

368) vor allem RGZ 78,272. 369) RGZ 66,253; 69,59; 69, 344; RG JW 1913,546 Nr.12; vgl.ferner grundlegend zur ad - äquaten Verursachung RGZ 81,361; die Vorhersehbarkeit ist eine Frage des Verschuldens,doch auch unter Umständen ein Indiz für Inadäquanz,vgl.RGZ 148,165; BGHZ 2,138.

Haftungsgrund,obwohl die Verursachung des Erfolges im Sinne logisch-naturwissenschaftlicher Betrachtung außer Zweifel steht.Nun steht fest,daß Haftungsgrund für Schadensersatzansprüche aus § 823 BGB die Rechtswidrigkeit der Schädigung ist und daß die Rechtswidrigkeit grundsätzlich durch die Erfüllung des objektiven Tatbestandes einer unerlaubten Handlung indiziert wird.Wenn die Rechtsordnung wegen fehlender Adäquanz des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Handeln und Erfolg den Haftungsgrund verneint,so verneint sie damit das Unrecht,die Rechtswidrigkeit.Die Adäquanz ist insoweit der Ausfluß eines ungeschriebenen Rechtssatzes,der die sonst uneingeschränkte negative Bewertung eines Kausalprozesses bis zu einem gewissen Grade verhindert.Wenn jemand auf seinem Grundstück einen Pfahl einrammt,wodurch ein im Nachbargarten verborgen liegender Sprengkörper explodiert und Schaden anrichtet,so liegt eine rechtswidrige Schädigung nicht vor,weil zwischen Handeln und Erfolg zwar Kausalzusammenhang im Sinne logisch - naturwissenschaftlicher Betrachtung besteht,die fehlende Adäquanz jedoch das Vorliegen eines Haftungsgrundes,also eine rechtswidrige Schädigung ausschließt. Und wenn jemand einem anderen einen Körperschaden zufügt,sodaß letzterer sich in ein Krankenhaus begeben muß,in das der Blitz einschlägt und ihn tötet,so liegt zwar eine rechtswidrige Körperverletzung vor,der Tod ist jedoch nicht rechtswidrig verursacht worden,weil er eine inadäquate Folge der Handlung ist. 370)

Die Adäquanz bedeutet also im Rahmen des Kausalzusammenhanges zwischen Handeln und Erfolg keine Modifizierung oder Einschränkung des Kausalzusammenhanges,die sich aus dem Seienden erkenntnistheoretisch finden ließe,sie bedeutet anders als beim ursächlichen Zusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und Schaden nicht eine auf Treu und Glauben basierende Haftungsbegrenzung,sondern sie bedeutet

370) In eine ähnliche Richtung gehen die Überlegungen von Dunz NJW 1960,510,der zutreffend annimmt,daß die Wertung einer bestimmten Verletzung als inadäquat zugleich bedeute, dem Verletzer sei nicht zuzumuten gewesen,sich anders zu verhalten,mit anderen Worten er habe die objektive Sorgfaltspflicht nicht verletzt;die fehlende Adäquanz schliesse die Tatbestandsmäßigkeit aus; ebenso auch Wiethölter a.a.O. S.41,allerdings weitergehend für alle Fälle der

den Ausschluß der Rechtswidrigkeit einer sonst widerrechtlichen Schädigung. 371)

Wenn man so will,ist damit noch ein weiterer Rechtfertigungsgrund gefunden worden,die Inadäquanz des Kausalzusammenhanges.Damit wird die Adäquanz an die richtige Stelle gerückt; sie wird aus dem Kausalzusammenhang herausgenommen,wohin sie niemals gehört hat,und nachdem man in ihr eine Haftungsbegrenzung erblickt hat,sie aber unter diesem Gesichspunkt bei der Prüfung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Handeln und Erfolg keine Bedeutung besitzt,weil es hier nicht um die Frage der Haftungsbegrenzung,sondern darum geht,ob überhaupt eine rechtswidrige Handlung vorliegt,an die allein mögliche Stelle gesetzt: die Rechtswidrigkeit. 372) Die Inadäquanz einer Bedingung schließt also die Rechtswidrigkeit aus und ist, wenn man von der unrechtsindizierenden Funktion der Tatbestandserfüllung ausgeht,als Rechtfertigungsgrund anzusehen.

Auch hieraus ergibt sich,daß die Gründe,die die Rechtswidrigkeit ausschließen,durchaus nicht nur solche sind,die die Befugnis zum Eingriff gewähren. 373)

Sozialadäquanz,für alle Fälle der Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt nicht den Ausschluß der Rechtswidrigkeit,sondern den Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit annimmt. 371) Ähnlich offenbar auch Stoll JZ 1958,137, aber zu weitgehend,weil die adäquate Verursachungslehre zu einem wesentlichen Teil sehr wohl eine Haftungstheorie ist.Vgl.auch Larenz NJW 1955,1009,der zwar richtig auf objektive Zurechnung des Erfolges abstellt,aber verkennt,daß es sich in Wirklichkeit um die Frage der Rechtswidrigkeit handelt.Interessant auch Zeuner JZ 1961,41 ff,der auf die "Affinität" zur Herbeiführung eines mißbilligten Erfolges abstellt,die einer Handlung nach dem Verständnis der Zeit zukommen müsse,wenn sie im Hinblick auf einen solchen Erfolg als rechtswidrig angesehen werden solle.Er meint,wenn eine solche Eignung auch vielfach unter dem Vorzeichen der adäquaten Verursachung festgestellt werde,so sei doch unverkennbar,daß es um ein Merkmal der Handlung gehe,das ihr schon vor dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges eigen sei.Hervorzuheben auch Dunz NJW 1960,509 unter Hinweis auf Stoll a.a.O.: die Rechtsprechung habe mit der Forderung nach Adäquanz längst stillschweigend eingeräumt,daß der mechanische Handlungsbegriff nur relativ brauchbar sei und deshalb die Abgrenzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht nur der Schuldprüfung vorbehalten werden könne. 372) ähnlich die Relevanztheorie,die zwischen der natürlichen Kausalität und dem Haftung und Verantwortung auslösen-

Die Anwendung der adäquaten Verursachungstheorie auf den Kausalzusammenhang zwischen Handeln und Erfolg ist heute im Zivilrecht eine Selbstverständlichkeit,nur wurde nicht hinreichend berücksichtigt,daß es sich hier im Grunde wenigstens teilweise um eine Rechtswidrigkeitstheorie handelt,und nicht um eine auf Billigkeitserwägungen beruhende Haftungstheorie oder Kausaltheorie.Durch die richtige Erkenntnis des Wesens der Adäquanz wird der Weg zur richtigen Erkenntnis und systematischen Einordnung des vom Bundesgerichtshof erkannten Rechtfertigungsgrundes des verkehrsrichtigen Verhaltens geebnet.[374] So gesehen ist die Entdeckung dieses Rechtfertigungsgrundes nur die Weiterbildung des Grundsatzes,daß die Inadäquanz die Rechtswidrigkeit der Schädigung ausschließt, und erscheint in Wirklichkeit nur deswegen so revolutionär, weil man bisher das Wesen der Adäquanz verkannt hat.

---

den Rechtswidrigkeitszusammenhang unterscheidet,vgl.Mezger, Lehrbuch S.122 ff; allerdings verkennt auch diese Lehre,daß der Rechtswidrigkeitszusammenhang keine positive Haftungsvoraussetzung darstellt,sondern ein die Rechtswidrigkeit einer strafbaren oder unerlaubten Handlung begründendes Element, mindestens aber bei der unrechtsindizierenden Tatbestandserfüllung ein Rechtfertigungsgrund ist. 373) so Stoll JZ 1958,139 f; Boennecke NJW 1960,1188; Wussow NJW 1958,891; May NJW 1958,1264,die alle in Rechtfertigungsgründen nur Eingriffsrechte sehen.So allerdings scheint auch die herrschende Lehre noch zu sein,besonders Motive II S.726; Kreft in RGRKommentar,Erläuterungen 32 zu § 823, 4 zu § 831; Esser, Schuldrecht S.463. Vielfach wird es nicht ausdrücklich ausgesprochen,ergibt sich aber mittelbar aus der Aufzählung der Rechtfertigungsgründe,so zum Beispiel bei Palandt-Gramm, Erläuterungen 7 B zu § 823; vgl. auch Maurach a.a.O. S.241, wenn er sagt, jeder Rechtfertigungsgrund verleihe dem Handelnden ein echtes Notrecht,daher sei der von der Handlung Betroffene nicht zu deren Abwehr befugt; vgl. auch die oben Anm. 248 angegebene Literatur. Darüber,ob sich die bekannten Rechtfertigungsgründe überhaupt auf ein einheitliches Prinzip zurückführen lassen, siehe Maurach a.a.O. S. 237 f . Die herrschende Meinung repräsentiert Lehmann, wenn er in Enneccerus-Lehmann,Schuldrecht,15.Aufl. S.931 ff die bekannten Rechtfertigungsgründe zwar ohne Angabe des ihnen Gemeinsamen aufzählt, aber S. 933 unter 6) von einem "sachverhaltsbezogenen", erfolgsbetonten Rechtswidrigkeitsbegriff ausgeht und von diesem Standpunkt aus den Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens,der sozialen Adäquanz verwirft. 374) Auch Zeuner JZ 1961,43 hebt den Zusammenhang zwischen der adäquaten Verursachung und der Schädigung durch verkehrsrichtiges Verhalten hervor unter dem Gesichtspunkt der "Affinität" der Handlung.

4) Damit ergibt sich auch zwanglos die systematische Einordnung des vom Bundesgerichtshof herausgestellten Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens.Nicht die Verkehrsgesetze sind,wie Baumann [375] unrichtig annimmt, die Rechtfertigungsnormen,es ist auch nicht die Handlung, die rechtmäßig ist, [376] denn wenn man von einem erfolgsbetonten Rechtswidrigkeitsbegriff ausgeht,kann die Rechtmäßigkeit einer Handlung nicht einen durch die Handlung herbeigeführten Eingriff in ein fremdes Rechtsgut zu einem rechtmäßigen machen.[377] Auch der Bundesgerichtshof spricht nur davon,daß beim Unrechtsurteil die zum Erfolg führende Handlung nicht unberücksichtigt bleiben könne.Das Rechtfertigende beim verkehrsrichtigen Verhalten liegt vielmehr darin,daß ein Verhalten,das für den eingetretenen Erfolg eine conditio sine qua non darstellt,als Bedingung für den Erfolg im Rechtssinne deswegen ausscheidet,weil der Erfolg die unter den gegebenen Umständen unvermeidbare Folge eines Verhaltens ist,das den Erfordernissen der objektiven Sorgfaltspflicht genügt hat.Das Verhalten ist dann im Sinne des Zivilrechts eine inadäquate Bedingung für den Erfolg.Dieser Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens ist eine Weiterentwicklung des Grundsatzes,daß die Inadäquanz die Rechtswidrigkeit ausschließt. [378]

---

375) MDR 1957,646. Daher ist an der Entscheidung des Bundesgerichtshof zu Recht kritisiert worden,daß die Beschränkung auf das Verkehrsrecht nicht möglich sei.Dunz NJW 1960, 507 sagt zutreffend,wenn es schon einen Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens gebe,könne er nicht auf Bereiche beschränkt werden,für die die Regeln des verkehrsrichtigen Verhaltens zufällig kodifiziert seien; ebenso May NJW 1958,1265; Nipperdey NJW 1957,1777,besonders 1778; Stoll JZ 1958,139;Wiethölter a.a.O. S.12. 376) so allerdings diejenigen,die die finale Handlungslehre auch in das Zivilrecht übernehmen wollen,wie Nipperdey a.a.O.; Wiethölter a.a.O.; wohl auch Zippelius NJW 1957,1707; vor allem für das Strafrecht Welzel,Lehrbuch Strafrecht,6.Aufl. S. 37,74. 377) Insoweit völlig zu Recht Wussow NJW 1958,893; Bettermann NJW 1957,986. 378) Richter NJW 1958,1171 hat die Frage nur angedeutet: auch verkehrsrichtiges Verhalten gebe kein Eingriffsrecht,eine andere Frage sei,ob es als Ursache im Rechtssinne anerkannt werden könne; ähnlich Dunz NJW 1960,510,der meint,"bei gänzlich verkehrsrichtigem Verhalten" fehle es an der Adäquanz und damit an einer tatbestandsmäßigen Handlung.Dunz' Auffassung läuft im Ergebnis auf die von Welzel früher vertretene Auffassung hinaus,dass die Sozialadäquanz die Tatbestandsmäßigkeit,und nicht die Rechtswidrigkeit ausschließe.

Dem steht nicht entgegen,daß man in den Fällen,in denen sich jemand mit seinem Kraftfahrzeug im Verkehr befindet,wegen der allgemeinen Gefährlichkeit des Tuns immer davon auszugehen hat,daß Schädigungen nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegen.Sicherlich kann man in diesen Fällen nicht mit dem gewöhnlichen Begriff der Inadäquanz einer Bedingung operieren,die ja gerade in der Unwahrscheinlichkeit besteht,daß ein solches Tun nach der Lebenserfahrung einen solchen Erfolg,wie er eingetreten ist,haben konnte.Bei dem im Rahmen des verkehrsrichtigen Verhaltens gebrauchten Begriff der Inadäquanz handelt es sich gewissermaßen um eine "gesteigerte Inadäquanz",das heißt eine Transformierung des Begriffs für diejenigen Lebensbereiche, die sich von vornherein durch eine erhöhte Gefährdung des einzelnen kennzeichnen,eine Gefährdung,die die Rechts- und Sozialordnung einfach billigen und zulassen muß.Der Umfang der Möglichkeiten,daß durch eine bestimmte Tätigkeit eines Menschen andere geschädigt werden,nimmt zu,je näher die Menschen aneinanderrücken und durch die Umstände gezwungen werden,Tätigkeiten auszuüben,die zwangsläufig eine Gefährdung anderer mit sich bringen.Auf den Eisenbahn-,Straßen- und Luftverkehr,auf den Wirtschafts- und Arbeitskampf wird hingewiesen.[379] Die Rechts- und Sozialordnung muß eine solche Tätigkeit entweder schlechthin verbieten oder sie muß sie zulassen.[380] Wenn sie sie zuläßt,so bleibt es ihr unbenommen,für typische Schädigungen aus solchen Tätigkeiten eine Gefährdungshaftung zu begründen,auch bleibt es ihr unbenommen,die Ausübung der Tätigkeit durch Regelungsvorschriften in bestimmte Bahnen zu lenken.Aber wenn sie die Tätigkeit zuläßt und der Handelnde hält sich innerhalb der durch die Regelungsvorschriften und die objektive Sorgfaltspflicht gezogenen Grenzen,dann kann die so ausgeübte Tätigkeit rückwirkend nicht dadurch zu einer rechtswidrigen werden,daß nach der Lebenserfahrung bei der Ausübung einer solchen Tätigkeit immer mit dem Eintritt einer Schädigung zu rechnen war.[381] Hier muß zwischen Handeln und Erfolg dann eine andere Relation gelten,wenn

379) vgl.Nipperdey NJW 1957,1777. 380) BGHZ 24,21.
381) ebenso Zeuner JZ 1961,43.

die Rechtsordnung ungeachtet der allgemeinen Erfolgsvorhersehbarkeit die Tätigkeit selbst gestattet,anstatt zu verbieten.Es kann dann nur auf eine "gesteigerte " Inadäquanz ankommen.Das bedeutet: aus dem Kreise der gewöhnlichen adäquaten Bedingungen werden diejenigen als "gesteigert" inadäquat [382] ausgeschieden,die zwar in einem gefährlichen,aber von der Rechts- und Sozialordnung ausdrücklich erlaubten Verhalten bestehen,wobei sich das Maß dessen, was erlaubt ist,nicht allein nach den vielleicht besonders erlassenen Ausübungs- und Regelungsvorschriften richtet,[383] sondern auch und in erster Linie am konkreten Erfolg orientiert.Hält sich jemand bei der Ausübung einer gefährlichen Tätigkeit innerhalb der Grenzen dessen,was die Rechtsordnung an Sorgfalt gebietet,so verhindert die gesteigerte Inadäquanz als Ausfluß eines ungeschriebenen Rechtssatzes,daß ein unvermeidbarer Erfolg dem Handeln zugerechnet und über die Schädigung das negative Urteil der Rechtswidrigkeit abgegeben wird.Also nicht das erlaubte Verhalten schließt die Rechtswidrigkeit aus,sondern die Inadäquanz des Zusammenhanges zwischen Handeln und Erfolg. [384]

Diese Konstruktion bleibt mit Baumann [385] "in den Fußtapfen der bisherigen Dogmatik",indem davon ausgegangen wird, daß die Erfüllung des objektiven Tatbestandes die Rechtswidrigkeit indiziert,diese aber aus besonderem Grund ausgeschlossen sein kann.Daß die neuere Auffassung durchaus möglich ist und auch mit den Mitteln der bisherigen Dogmatik begründet werden kann,zeigt eine weit verbreitete Lehre im Strafrecht,die ohne die finale Handlungslehre

---

382) Das ist gleichbedeutend mit "sozialadäquat",doch wird dadurch mehr hervorgehoben,daß es nicht,wie Nipperdey annimmt a.a.O.,auf die Sozialadäquanz der Handlung,sondern auf die Inadäquanz des Verhaltens als Bedingung für den Erfolg ankommt. 383) Allerdings scheint der BGH in BGHZ 24,21 das so aufgefaßt zu haben. Gegen ihn insoweit zu Recht Wiethölter a.a.O. S.12,wenn er meint,die Verkehrsrichtigkeit allein reiche nicht aus,die Rechtswidrigkeit auszuschließen,vielmehr müsse man konsequenterweise auf alle Sorgfaltspflichten abstellen.Ebenso Nipperdey a.a.O.,besonders NJW 1957,1777 ff,der Verkehrsrichtigkeit und Sozialadäquanz und damit Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt gleichsetzt.Daher unrichtig Boennecke NJW 1960, 1189,die neuere Lehre werde durch Beschränkung auf das Verkehrsrecht entwertet.Eine Beschränkung findet nicht statt. 384) ebenso BGH NJW 1957,1526. 385) MDR 1957,646 ff.

anzuerkennen,für einen Rechtfertigungsgrund der sozialen Adäquanz oder des erlaubten Risikos eintritt,[386] so daß die Frage,ob die Verletzung der objektiv erforderlichen Sorgfalt ein die Rechtswidrigkeit überhaupt erst begründendes Element ist,im Rahmen dieser Untersuchung dahingestellt bleiben kann.Wenn man vom Boden der bisherigen Dogmatik zu denselben Ergebnissen gelangt wie vom Boden der neueren Lehre,so ist es keine grundsätzliche Frage mehr,welcher Lehre man folgt.Wenn Welzel sagt, [387] ihm genüge,daß die Gegner der finalen Handlungslehre zum selben Ergebnis wie sie gelangten,sie kämen aber,wenn sie anerkennten,daß die Innehaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Rechtswidrigkeit ausschließe,um die finale Handlungslehre nicht herum,so trifft das sicherlich für das Zivilrecht nicht uneingeschränkt zu,weil dort von jeher in dem Element der Adäquanz ein Korrektiv außerhalb des Verschuldens vorhanden war,das,entsprechend erweitert, auch die Fälle der Verkehrsrichtigkeit einer befriedigenden Lösung zuführt.Allerdings dürfte es naheliegen,die Frage der Rechtswidrigkeit für Straf- und Zivilrecht gleich zu beantworten,was im Hinblick darauf schwierig erscheint, daß die bisherige Dogmatik im Strafrecht an der alleinigen Beurteilung des Kausalzusammenhanges nach der Bedingungstheorie festgehalten hat.Der Ausgangspunkt ist im Zivilrecht also ein anderer als im Strafrecht,sodaß in der Tat für die Ansicht,die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt begründe bei Fahrlässigkeitsdelikten überhaupt erst die Rechtswidrigkeit, mehr spricht als dagegen.[388]

---

386) Mezger NJW 1953,2; Schönke-Schröder,Vorbemerkungen III 8 vor § 51 und andere; vgl. die oben S.86 Anm.340 angegebene Literatur. 387) Strafrecht,6.Aufl. Vorwort S. VII. 388) vgl.Niese JZ 1956,460 f. Interessant sind die Ausführungen Wiethölters a.a.O. S.45 ff,er knüpft an Armin Kaufmann,Dogmatik der Unterlassungsdelikte,1959 an und meint,Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikte seien von gleicher Struktur,die unechten Unterlassungsdelikte seien wie die Fahrlässigkeitsdelikte nicht Begehungen,sondern Unterlassungen,sie verstießen nicht gegen Verbote,sondern gegen die Gebote der Erfolgsabwendung; für diese Gebote gebe es keine Vertypungen.Die Tatbestände der Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikte seien ungeschrieben und für jeden Einzelfall erst zu schaffen;die wesentlichen Aufbauelemente seien Tun und Sollen,Sollensmaßstab sei die verkehrserforderliche Sorgfalt (normatives Tatbestandsmerkmal).

Wenn man die Frage bejaht,so ist der Bundesgerichtshof in der genannten Verkehrsentscheidung über das verkehrsrichtige Verhalten tatsächlich,wie einige Kritiker bemängeln,[389] auf halbem Wege stehen geblieben,wenn er die Beweislast für die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dem Beklagten auferlagt hat.

5) Auch unter Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung über die unrechtsausschließende Funktion der Adäquanz im Sinne des erweiterten Begriffs kommt man nicht umhin,die Frage der Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt als Teil der Rechtswidrigkeitsprüfung gegen dieselbe Frage als Teil der Verschuldensprüfung abzugrenzen. Im Strafrecht bietet dies insofern keine großen Schwierigkeiten,als der dort verwendete Fahrlässigkeitsbegriff ein anderer ist als der im Zivilrecht verwendete und bei Aufspaltung dieses Fahrlässigkeitsbegriffs immer noch dessen subjektiver Teil übrigbleibt,der als Teil der Verschuldensprüfung in Betracht kommt.Im Zivilrecht ist das anders. In Übereinstimmung mit Nipperdey [390] und Wiethölter [391] muß angenommen werden,daß mit dem verkehrsrichtigen Verhalten genau das gemeint ist,was unter der Einhaltung der verkehrserforderlichen Sorgfalt im Sinne des § 276 Abs.1 Satz 2 BGB verstanden wird.Auch wenn man das eigentlich Unrechtsausschließende nicht im verkehrsrichtigen Verhalten,sondern darin sieht,daß die Rechtsordnung das verkehrsrichtige Verhalten nicht als Ursache im Rechtssinne qualifiziert,bedeutet doch die Wertung eines Kausalzusammenhanges zwischen Handeln und Erfolg als inadäquat vom Handelnden aus gesehen,daß er sämtliche nur möglichen Sorgfaltspflichten eingehalten hat,was zugleich auch den Ausschluß der Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 Abs.1 Satz 2 BGB zur Folge hat.Da der Fahrlässigkeitsbegriff im Zivilrecht ein objektiver ist, [392] bleibt bei dessen Verlage-

---

389) zum Beispiel Nipperdey NJW 1957,1777 ff; Larenz Schuldrecht II S.361 Anm.2. 390) a.a.O. 391) a.a.O. S.12
392) so die absolut herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur,vgl.hierzu Wiethölter a.a.O. S. 20; anderer Meinung lediglich Planck-Siber,Erläuterungen 2 b bb zu § 276.

rung in den Rechtswidrigkeitsbereich die Schuldposition frei,wenn man diese nicht,wie Nipperdey will,[393] mit einem subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff besetzen will. Schon der Bundesgerichtshof hatte gegen ein derartiges Verfahren Bedenken angemeldet;[394] besonders Wiethöl - ter [395] wendet sich mit zutreffenden Gründen gegen einen subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff im Zivilrecht,ein solcher würde mit dem Gesetz nicht in Einklang stehen. [396] Der Wille des Gesetzgebers,die Haftung an eine objektive Fahrlässigkeit zu knüpfen,ist im § 276 BGB eindeutig zum Ausdruck gekommen,auch wenn man annimmt,daß § 276 BGB etwas anderes als die Schuld regelt.Es erscheint richtig,daß die freigewordene Position unbesetzt bleibt oder daß,wie der Bundesgerichtshof das getan hat,dieselbe Prüfung,die auf der Ebene der Rechtswidrigkeit stattfand,noch einmal als Schuldprüfung vorgenommen wird.Dieser letztere Weg ist zwar allgemein als unzutreffend verworfen worden,[397] aber er ist eigentlich aus den gleichen Gründen möglich,aus denen unter Umständen eine und dieselbe Frage Gegenstand der Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhanges und Gegenstand der Prüfung des Verschuldens gerade vom Boden der bisherigen Dogmatik sein konnte.Richtiger aber erscheint der von Wiethölter eingeschlagene Weg,wonach der Aufbau des Fahrlässigkeitsdelikts nur noch ein zweigliedriger ist: objektiver Tatbestand und Rechtswidrigkeit.Jede andere Auffassung,die in Richtung auf die von Nipperdey vertretene Auffassung geht,würde zu einem vom Gesetz nicht mehr gedeckten Subjektivismus führen.Ob allerdings de lege ferenda in dieser Richtung Änderungen vorgenommen werden sollten,erscheint angesichts des Ausmaßes der Gefährdungshaftung mindestens erwägenswert,weil möglicherweise jenseits der Gefährdungshaftung eine Beschränkung der Haftung nach dem Grad des wirklichen subjektiven Verschuldens gerechtfertigt erscheinen könnte.

---

393) NJW 1957,1777 ff und Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil,15.Aufl. S.1322 . 394) BGHZ 24,21. 395) a.a.O. S. 45 ff. 396) ebenso Richter NJW 1958,1171 f ; Wussow NJW 1958,893 f ; BGH a.a.O.

6) Als Ergebnis sei noch einmal herausgestellt: Minde - stens bei den Fahrlässigkeitsdelikten ist das Kriterium für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit einer Schädigung nicht ein Eingriffsrecht einerseits und eine Duldungsver- pflichtung andererseits,sondern die Tatsache,daß die Rechts- ordnung,weil es an einem Eingriff im Sinne einer bewußten und gewollten Beeinträchtigung fehlt,den schädlichen Erfolg unter bestimmten Umständen nicht als Folge eines Verhaltens wertet,das an sich conditio sine qua non ist.Der Lokomotiv- führer,der alle Vorsichtsmaßregeln beachtet hat und sich absolut ordnungsgemäß verhält,begeht keine rechtswidrige Körperverletzung,wenn plötzlich jemand über den Bahndamm läuft und von der Maschine erfaßt wird. Schließt also die Inadäquanz im weiteren Sinne die Rechtswidrigkeit aus,so ist doch eine völlig andere Frage,ob der Betroffene sich eine solche Schädigung gefallen lassen muß,ob er,wenn möglich, die Unterlassungsklage erheben oder die Schädigung im Wege der Notwehr abwehren kann. Der aufgestellte Grundsatz, daß nicht das Recht zum Eingriff einerseits und die Duldungs - verpflichtung andererseits Unrechtsausschließungsgrund ist, zwingt zu der Annahme, daß eine Einwirkung, die der Rechts- inhaber nicht zu dulden braucht, nicht notwendig auch rechtswidrig ist, daß also eine nicht zu duldende Verletzung eines subjektiven Rechts nicht identisch ist mit der wider- rechtlichen Verletzung eines solchen. Beides kann zusammen- fallen,braucht es aber nicht notwendig. Kein Mensch braucht körperliche Schädigungen zu dulden,gleichviel,ob sie die Folgen einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlung sind, ob sie die adäquaten oder die inadäquaten Folgen eines Ver- haltens sind,ja ob sie überhaupt die Folgen eines mensch - lichen,relevanten Handelns sind.

VI. Wenn es nun allerdings zutrifft, daß die Zivilrechts- ordnung an die Verletzung eines Rechtsguts noch andere Rechtsfolgen als Schadensersatzansprüche knüpft,ohne daß die Verletzung rechtswidrig im oben entwickelten Sinne ist, etwa weil die Rechtswidrigkeit infolge der Inadäquanz einer Bedingung ausgeschlossen ist,dann ist entweder der ent - wickelte Unrechtsbegriff falsch,nämlich dann, wenn diese Folgen wirklich Unrechtsfolgen sind, oder aber der Unrechts-

begriff ist richtig,die Rechtsfolgen setzen aber einen Unrechtstatbestand überhaupt nicht oder wenigstens eine andere Art Unrecht voraus.

1) Der Unrechtsbegriff im oben entwickelten Sinne wäre falsch,wenn die Unterlassungsklage Unrechtsfolge wäre und auch nur e i n Fall denkbar wäre, in dem sie Anwendung finden müßte ungeachtet dessen,daß die Rechtswidrigkeit der Schädigung wegen der Inadäquanz des Verhaltens ausgeschlossen wäre,etwa wenn jemand auf seinem Grundstück eine Anlage unterhält,von der störende Einwirkungen auf das Eigentum eines anderen ausgehen,ohne daß irgendjemand mit der Mög - lichkeit einer solchen Schädigung hätte rechnen können,der Unterhalter der Anlage also sich im Rahmen der objektiven Sorgfaltspflicht hielt.Der "Unterlassungsanspruch" ist als "Rechtsfolge" einer unerlaubten Handlung im BGB nicht erwähnt.Durch ausdrückliche Vorschrift ist er nur in be - stimmten Einzelfällen außerhalb des Rechts der unerlaubten Handlungen erwähnt,zum Beispiel in den §§ 12,862,1004 BGB, 47 Abs.1 PatG, 15 Abs.1 GMG, 24,25 WZG.In Fortbildung des in diesen Vorschriften enthaltenen allgemeinen Rechtsge - dankens hat die Rechtsprechung die Unterlassungsklage für eine große Anzahl weiterer Tatbestände zugelassen:

a) Allgemein anerkannt ist die Unterlassungsklage bei allen ausschließlichen Rechten,insbesondere auch bei den "sonstigen Rechten" des § 823 Abs.1 BGB. [397] Der Unter - lassungsanspruch ist ja gerade der Ausdruck der absoluten Natur des geschützten Rechts.[398] Das Wesen des absoluten Rechts ist es,daß der Rechtsinhaber mit den in Betracht kommenden Gütern nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann.Die Unterlassungsklage ist in diesen Fällen jedenfalls keine Klage aus unerlaubter Handlung; sie ist die "ausgestaltete Eigentumsfreiheits - klage" und entspringt dem verletzten oder angegriffenen Recht. [399] Sie ist daher weder an den objektiven Tatbe-

---

397) Kreft in RGRKommentar Anm.73 vor § 823; Stein-Jonas-Schönke,Zivilprozeßordnung,15.Aufl.Erl. A III zu § 32; RGZ 109,276; 141,338; 128,143; BGHZ 3,279; 14,291; BGH NJW 1952, 417; 1952,660; MDR 1956,165(OLG Nürnberg mit Anm. von Neumann-Duesberg); BGH NJW 1954,1682. 398) Wolff-Raiser,Sachenrecht,1957, S.350. 399) Kreft in RGRKommentar Anm.73 vor § 823; Stein-Jonas-Schönke a.a.O.; Wolff-Raiser a.a.O.

stand noch an den subjektiven einer unerlaubten Handlung gebunden.Ebensowenig ist aber auch erforderlich,daß der Eingriff in das absolute Recht objektiv rechtswidrig ist. Allerdings hat die Rechtsprechung immer auf diesen Gesichtspunkt abgestellt, [400] was aber darauf beruhte,daß sie unrichtigerweise das Kriterium der Rechtswidrigkeit darin sah,daß der Rechtsinhaber den Eingriff nicht zu dulden brauchte.Die Rechtswidrigkeit ist aber nicht identisch mit dem Nicht-zu-dulden-Brauchen.Die Duldungspflicht schließt zwar stets die Rechtswidrigkeit des Eingriffs aus,aber umgekehrt führt nicht jeder Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu einer Duldungsverpflichtung.Der unter vis absoluta "Handelnde",derjenige,der eine inadäquate Erfolgsbedingung gesetzt hat,der "verkehrsrichtig" sich verhaltende Kraftfahrer oder Lokomotivführer begehen keinen rechtswidrigen Eingriff,daraus folgt aber keineswegs,daß der Geschädigte zur Duldung verpflichtet wäre.Die Duldungspflicht schränkt das subjektive Recht ein,der Rechtswidrigkeitsausschluß schränkt die negative Bewertung des Kausalprozesses ein.Deswegen ist es geboten,nur dort von einem widerrechtlichen Eingriff zu sprechen,wo dieser den Grund für die Rechtsfolge abgibt, wie das bei den Schadensersatzpflichten aus unerlaubter Had Handlung der Fall ist.Für die Unterlassungsklage kommt es jedoch nicht auf das Vorliegen eines widerrechtlichen Eingriffs,sondern allein auf die Duldungspflicht an.Das kommt deutlich im § 1004 BGB zum Ausdruck,worin es nicht heißt, der Anspruch sei ausgeschlossen,wenn der Eingriff nicht widerrechtlich sei,sondern der Anspruch sei ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet sei.Im Ergebnis ändert sich an der Rechtsprechung nichts,weil auch nach ihr der Unterlassungsanspruch nicht die Rechtsfolge des Eingriffs,sondern ein unmittelbar aus dem Recht fließender Anspruch ist,wobei dem Eingriff selbst lediglich der Charakter einer Klagevoraussetzung beigemessen worden ist; letzteres ergibt sich nicht zuletzt daraus,daß die Recht-

---

Staudinger-Seufert,Erläuterungen 1 e zu § 1004. 400) Palandt-Gramm,Einführung 8 a vor § 823; RGZ 109,276; 128, 143; 132,116; 141,336; BGHZ 3,279; 8,142; 14,291; 30,7 = MDR 1959,559; BGH NJW 1957,827.

sprechung die Unterlassungsklage auch dort zugelassen hat, wo ein rechtswidriger, das heißt ein nicht zu duldender Eingriff überhaupt noch nicht stattgefunden hatte, sondern nur unmittelbar drohte.[401] Ist diese Unterlassungsklage aber nicht Unrechtsfolge, so kann die Tatsache, daß sie auch dann gegeben ist, wenn ein rechtswidriger Eingriff nicht vorliegt, dem oben entwickelten Unrechtsbegriff nicht entgegenstehen.[402]

b) Über die Fälle des Eingriffs in absolute Rechte hinaus hat die Rechtsprechung die Unterlassungsklage allgemein zugelassen zur Abwehr "rechtswidriger" Eingriffe in vom Gesetz geschützte Rechtsgüter oder Interessen, wie Körper, Gesundheit, Freiheit, Kredit, Erwerb, Fortkommen, Ehre, auch zur Abwehr sittenwidriger Schädigungen, sowie zur Abwehr solcher Schädigungen, die eine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB auslösen würden.[403] Die Rechtsprechung hat die Klage zugelassen bei "objektiv rechtswidrigem Eingriff" in ein geschütztes Rechtsgut,[404] wenn Wiederholungsgefahr besteht.[405] Sie hat die Klage nicht davon

---

401) RGZ 151,246 und die unten Anm. 407 angegebene Literatur und Rechtsprechung. 402) Ähnlich Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil S. 1297 ff; Wiethölter a.a.O. S. 55. 403) RGZ 60,6; 61,366; 78,256; 82,59; 88,130; 91,265,350; 95,339; 109,276; 116,153; 124,260; 140,392: 141,336; 148, 114; 155,92; 156,372; 166,156; 170,320; RG JW 1905,140; 1907,48,505; 1908,133; 1913,35; 1915,29; 1937,876; Recht 1909 Nr.1773; Seuff.Arch. 69 Nr.105; RG JW 1919,993; 1925, 1393; 1933,1400; RG DR 1939,2009; 1940,78; RG Warn. 1914, Nr.17; 1915 Nr.20; 1918 Nr.95; 1927 Nr.129; HRR 1936 Nr. 1214,1161,1494; 1940, Nr.603; 1941 Nr.1004; 1942 Nr.200; Gruch.Beitr. 72,319; BGHZ 6,360; BGH NJW 1952,1186; KG JR 1949,51; OLG Köln SJZ 1949,623; 404) RGZ 60,6; 61,369; 95,339; RG JW 1915,29; 1916,739; vgl. im übrigen die in Anm. 403 genannte Rechtsprechung. 405) Rosenthal, Die Unterlassungsklage, 1916 S. 46 ff; Kreft in RGR Kommentar Anm. 74 vor § 823; RGZ 60,8; 82,83; 84,148; 86,255; 109,276; 140, 402; 141, 38; 156,374; RGZ 148,119; 98,39; RG JW 1912,293; 1913,35; 1913,543; Warn. 1913,320,416; 1914 Nr.122; RG Seuff.Arch. 81,185; OLG Hamm OLG 32,264; OLG Hamburg OLG 32,244; KG LZ 1915 Sp.717; JW 1922,591.

abhängig gemacht,daß schon ein Schaden eingetreten war,[406] sondern sie immer schon dann gegeben,wenn ein "objektiv rechtswidriger Eingriff" unmittelbar bevorstand.[407]

Die Einordnung dieser Unterlassungsklage in das Rechtssystem ist,worauf Larenz hinweist,[408] eine noch nicht beantwortete Frage.Entspringt die Unterlassungsklage bei Eingriffen in absolute Rechte diesen Rechten selbst,so scheint das bei den hier behandelten Unterlassungsklagen nicht der Fall zu sein,[409] weil man bei den nur im Rahmen des § 823 Abs.2 BGB geschützten Rechtsgütern unmittelbar kein absolutes Recht erkennen kann,aus dem die Klage entspringt.Ist die Klage wirklich Unrechtsfolge und auch gegeben,wenn der Eingriff in das rechtlich geschützte Gut nur die unvermeidbare Folge eines verkehrsrichtigen Verhaltens ist,so bliebe nichts anderes übrig,als den oben entwickelten Unrechtsbegriff als falsch zu bezeichnen.

---

406) zum Beispiel BGH NJW 1951,843. 407) RGZ 48,114; 60,6; 61,366; 156,246; 101,339; RG JW 1930,1702; RAG 5,98; BGHZ 16,159; BGH NJW 1951,843; vgl. auch Soergel-Lindenmaier Vorbemerkung 3 vor § 823 und die dort angegebene Rechtsprechung.Als zu weitgehend abgelehnt von Lau,Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 ff BGB in Gruch.Beitr. 1903,497; Oertmann,Vorbemerkung 4 vor § 823; Salinger,Die Unterlassungsklage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Gruch.Beitr. 64,263; unter Bezugnahme auf Oertmann a.a.O. auch Staudinger,Vorbemerkungen VII E vor § 823,wo für die Unterlassungsklage eine gegenwärtige unerlaubte Handlung vorausgesetzt und der Unterlassungsanspruch über § 249 BGB als Rechtsfolge der unerlaubten Handlung aufgefaßt wird, siehe auch die bei Staudinger a.a.O. angegebene Literatur zu dieser Frage.Ebenso OLG Stuttgart OLG 27,182; 28,271. 408) Schuldrecht II S.381. 409) so in der Tat die herrschende Meinung,die den Unterschied des § 823 Abs.1 und Abs.2 BGB gerade darin sieht,daß Abs.1 sich auf Rechte, Abs.2 dagegen nur auf geschützte Interessen beziehe; vgl. statt vieler Lehmann,Allgemeiner Teil des BGB,11.Aufl. S. 68,wo hervorgehoben wird,daß einer der beiden Absätze überflüssig wäre,wenn durch jedes Schutzgesetz im Sinne des Abs.2 ein subjektives Recht geschaffen würde; so allerdings nicht ganz zu Unrecht,wie noch zu zeigen sein wird,Eltzbacher,Die Handlungsfähigkeit S.61,106 ff und Die Unterlassungsklage S.150 ff, 214 ff,der nicht nur das Wesen des Unrechts in der Verletzung des subjektiven Rechts sieht,sondern auch jede Unterlassungsklage daraus fließen läßt; er geht zutreffend vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus. Vgl. oben S. 40 und unten S.112.

aa) Der Meinungsstreit über die Einordnung der Unterlassungsklage wird vornehmlich um die Frage geführt, ob der Unterlassungsklage in den hier in Betracht kommenden Fällen überhaupt ein materiell-rechtlicher Anspruch zugrundeliege. Liegt der Klage ein wirklicher Anspruch zugrunde, so müßte angegeben werden können, woraus sich der Anspruch ergibt, ob er die Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung ist oder ob er nicht doch aus einem näher zu bezeichnenden subjektiven Recht fließt.

Wäre er Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung,[410] so würde das voraussetzen, daß der Tatbestand einer unerlaubten Handlung gegeben ist, und zwar nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv. Wenn auch die Rechtsprechung anfangs diesen Weg gegangen ist,[411] so sah sie doch später vom Erfordernis des Verschuldens ab und ließ den objektiv rechtswidrigen Eingriff genügen.[412] Das Reichsgericht sprach aus, damit werde der in den §§ 12, 862, 1004 BGB enthaltene Rechtsgedanke, der auch schon auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes zur ausdrücklichen Gewährung des Unterlassungsanspruchs geführt habe, in Anerkennung eines Verkehrsbedürfnisses über den Kreis der absoluten Rechte hinaus ausgedehnt auf den Schutz sonstiger Rechtsgüter gegen Wiederholung rechtswidriger Eingriffe,[413] sogenannte quasinegatorische Abwehrklage. Damit ist zu Recht klargestellt worden, daß diese Unterlassungsklage nicht die Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung ist, daß sie also nicht die Verwirklichung eines Unrechtstatbestandes voraussetzt. Insoweit ist Larenz[414] durchaus zuzustimmen; denn als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung

---

410) so allerdings Kreft in RGRKommentar Anm. 74 vor § 823; vgl. auch a.a.O. Vorbemerkung 9 ; ferner unter Bezugnahme auf Oertmann Vorbemerkung 4 vor § 823 Staudinger Vorbemerkung VII E vor § 823. 411) RGZ 48,114; 56,271; 60,2; RG JW 1902 Beilage S.264 ff; 1903 Beilage S.11 ff; 1905, 20,174,239; RG Recht 1903,79 Nr.327 = sogenannter deliktischer Unterlassungsanspruch. 412) seit RGZ 60,6 in ständiger Rechtsprechung, vgl. die oben S.107 f angegebene Rechtsprechung. 413) RGZ 116,153 ff. 414) Schuldrecht II S.407.

neben der Schadensersatzverbindlichkeit würde die Unterlassungsklage nicht nur einen vollendeten Eingriff, sondern auch Verschulden voraussetzen. Daß ein wirksamer Schutz nur besteht, wenn man die Unterlassungsklage ohne Rücksicht auf Verschulden und schon bei nur bevorstehendem Eingriff gewährt, dürfte sich von selbst verstehen.

Larenz kann jedoch nicht darin gefolgt werden, daß dieser Unterlassungsklage überhaupt kein materiell-rechtlicher Anspruch auf Unterlassung zugrundeliege.[415] Larenz meint, es sei eine jedermann treffende Rechtspflicht, objektiv rechtswidriges Handeln zu unterlassen. Demjenigen, der sich durch eine drohende rechtswidrige Handlung in seinen rechtlich irgendwie geschützten Gütern gefährdet sehe, müsse auch ohne die Annahme eines subjektiven Rechts auf Unterlassung zu gestatten sein, dieser drohenden Gefährdung durch Klage auf Unterlassung vorsorglich entgegenzutreten. Es handele sich dabei nicht um die gerichtliche Durchsetzung eines subjektiven Rechts, sondern um eine besondere Art des prozessualen Rechts- und Güterschutzes,[416] um einen eigenartigen Klagetyp, der von der Leistungsklage zu unterscheiden sei, die einen entsprechenden Anspruch voraussetze; mit anderen Worten die vorbeugende Unterlassungsklage sei keine Weiterbildung des materiellen Rechts, sie sei vielmehr ein zivilprozessuales Rechtsinstitut. Diese Auffassung ist abzulehnen, weil sie dem Rechtssystem nicht entspricht. Die Klage im Zivilprozeß stellt immer die Geltendmachung einer materiellen Rechtsfolge dar, gleichgültig, ob die Klage als Leistungs- oder Feststellungsklage erscheint. Wie sollte jemand Rechtsschutz von einem Gericht erlangen können, wenn er nicht einmal selbst eine materielle Rechtsfolge behaupten kann. Zwar ist das Gericht bei Erlaß einer einstweiligen Verfügung in der Fassung des Entscheidungstenors frei und nicht an den Antrag gebunden, aber das alles doch auch nur dann, wenn das, was verboten werden soll, durch eine materielle Rechtsfolge gedeckt ist. Das unterscheidet ja gerade den Zivilprozeß vom Strafprozeß, daß der Kläger dartun muß, daß er verletzt worden ist und die Rechtsfolge in seiner Person

415) Larenz a.a.O. S.407 und NJW 1955,263. 416) so auch Esser, Schuldrecht, 2.Aufl. S.931 f.

entstanden ist. Die Schaffung eines neuartigen "eigenartigen Klagetyps" nur deswegen,weil die Anerkennung eines materiell-rechtlichen Anspruchs unbequem ist und nicht so recht in das System zu passen scheint,ist fragwürdig.

Vielmehr ist der Auffassung Lehmanns [417] und Nipperdeys [418] zu folgen,die beide auch in den Fällen des § 823 Abs.2 BGB einen Unterlassungsanspruch anerkennen. Dabei muß man sich sicherlich der Unterscheidung zwischen subjektiven Rechten und bloßen Rechtsgütern bewußt sein. Zur Annahme eines subjektiven Rechts genügt nicht,daß eine Verhaltensnorm vorhanden ist,die zum Schutze eines bestimmten Interesses ein bestimmtes Verhalten ge- oder verbietet.[419] Lehmann sagt, [420] es müsse noch hinzukommen, daß der Geschützte selbst zur Ausübung und zum Schutze dieses Interesses berufen sei,daß er die zu seinen Gunsten erlassenen Rechtsbefehle nach seinem Belieben geltendmachen könne; daher sei der Anspruch als das Kriterium des subjektiven Rechts zu bezeichnen.Um von vornherein einem Mißverständnis zu begegnen,sei auf folgendes hingewiesen: Wenn das Gesetz im § 1004 BGB einen Unterlassungsanspruch zubilligt,dann ist natürlich nicht dieser Anspruch das subjektive Recht,sondern der Anspruch entsteht aus dem subjektiven Recht.Das subjektive Recht,nämlich das Eigentum, wird hier nicht etwa deswegen als subjektives Recht bezeichnet,weil § 823 Abs.1 BGB eine Verhaltensnorm enthält und § 1004 BGB die korrespondierende Berechtigung darstellt,die Verhaltensnorm des § 823 BGB zu eigenen Gunsten durchzusetzen.Vielmehr ist das subjektive Recht allein in der Güterzuordnung,in der Anerkennung der Herrschaft und der Zubilligung der Rechtsmacht zu sehen.§ 1004 BGB ist also nicht die berechtigende Seite der allgemeinen Verhaltensnorm,sondern er ist ein Anspruch,der aus dem subjektiven Recht als seinem Quellrecht erwächst.Das subjektive Recht besteht aber unabhängig davon,ob zu seinem Schutze besondere Verhaltensnormen erlassen worden sind. Wenn man also

---

417) Allgemeiner Teil des BGB,12.Aufl. S.118; Enneccerus-Lehmann,Schuldrecht S.979. 418) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil S. 432. 419) Lehmann a.a.O. S.70. 420) a.a.O.

im Rahmen des § 823 Abs.2 BGB von subjektiven Rechten gesprochen will,so können diese nicht dadurch gewonnen werden,daß man die verpflichtende Seite des subjektiven Rechts in den allgemeinen Verhaltensnormen sieht,auf die § 823 Abs. 2 BGB Bezug nimmt,und nun nur noch nach der berechtigenden Seite sieht,die man in der Zulassung der Unterlassungsklage zu erkennen glaubt.Diese Verhaltensnormen können nicht die berechtigende Seite eines subjektiven Rechts sein,weil ein solches auch ohne die Verhaltensnorm als seiner Schutznorm besteht.Die zur Annahme eines subjektiven Rechts notwendige Befugnis,mit dem zugeordneten Gut nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen,muß aus dem subjektiven Recht selbst fließen.Wenn also nicht der Unterlassungsanspruch das subjektive Recht begründet,so ist sein Bestehen aber ein Indiz dafür,daß doch ein subjektives Recht vorhanden ist.Und dieses wird man in dem grundsätzlich unantastbaren allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu sehen haben,das überhaupt das Quellrecht aller subjektiven Rechte ist.

bb) Die herrschende Lehre,nach der nur § 823 Abs.1 BGB subjektive Rechte als Schutzobjekte enthält,ist in Übereinstimmung mit Nipperderdey [421] abzulehnen.Allerdings kann ihm nicht darin gefolgt werden,daß durch § 823 Abs.2 BGB "ein subjektives Recht auf Unterlassung" geschaffen werde. Hierin liegt eine Verwechslung von Anspruch und subjektivem Recht.Die richtige Begründung ist vielmehr die,daß die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs in den Fällen des § 823 Abs. 2 BGB und die Zulassung der Unterlassungsklage ein Indiz dafür sind,daß auch ein subjektives Recht vorliegt.Der Unterlassungsanspruch ist Ausfluß dieses Rechts, nicht das Recht selbst.Das Recht selbst ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht,dessen Existenz heute nicht mehr geleugnet werden kann,nachdem es durch Art.1 und 2 des Grundgesetzes verfassungsrechtlich anerkannt worden ist.Als solches gilt es auch im Privatrechtsverkehr gegenüber jedermann. [422] Darüber hinaus wird das allgemeine Persön -

421) Enneccerus-Nipperdey,1960 I S.432. 422) BGHZ 13,334; 24,72; 15,249; Nipperdey in Neumann-Nipperdey-Scheuner,Die Grundrechte II S.46 ff; Wernicke in Bonner Kommentar Art.1 Bemerkung II 1 c; Hamann,Das Grundgesetz Art.1 Bemerkung B;

lichkeitsrecht auch als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs.1 BGB heute vorwiegend anerkannt.[423)]

Der Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist die Befugnis,mit der eigenen Person nach Belieben zu verfahren,die Freiheit der Willensbestimmung,die Handlungs - freiheit,das Recht auf Achtung der Menschenwürde und auf Entfaltung der Persönlichkeit.Das vielfach erhobene Argument,man könne kein Recht an sich selbst haben,ist angesichts dieses Inhalts des Persönlichkeitsrechts überholt.

Mit der grundsätzlichen Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als subjektiven Rechts besteht natürlich die Gefahr einer unübersehbaren Ausweitung der schadensersatzbegründenden Tatbestände.Das Problem des Persönlichkeitsrechts besteht daher weniger in seiner grundsätzlichen Anerkennung als inseinen Grenzen.Man wird nicht soweit gehen dürfen,die Anerkennung des allgemeinen Persönlich - keitsrechts schlechthin damit abzulehnen,seine Anerkennung sei "Normenerschleichung", [424)] andererseits wird man auch nicht von Liszt [425)] folgen können,wenn er meint,mit der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sei der § 823 Abs.2 BGB praktisch überflüssig.Die Bedeutung dieser Vorschrift dürfte gerade darin zu finden sein,die Grenzen des Persönlichkeitsrechts zu finden.Dabei erscheint der Hinweis Lehmanns bedeutsam, [426)] nach anderen als den im § 823 Abs.1 BGB erwähnten Richtungen sei das allgemine Persönlichkeitsrecht nur im Rahmen der irgendwo nachweisbaren Störungsverbote geschützt.Derartige Störungsverbote wird man zumindest dort annehmen können,wo das Gesetz die

---

Heimerich BB 1956,249; RGR Kommentar,10.Aufl. Vorbemerkung II vor § 1. 423) Nipperdey a.a.O. S.37; Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil,15.Aufl. S.577 ff,453; Hubmann,Das Persönlichkeitsrecht S.104,106ff, 127 ff,139; Palandt - Danckelmann,Bem.2 Einführung vor § 1; Coing in Staudinger 11.Aufl.,Vorbemerkungen Nr.20 vor § 1; dagegen vor allem Larenz Schuldrecht II § 66 und NJW 1955,521; Palandt - Gramm Anm.6 zu § 823; Esser,Schuldrecht S.468: Enneccerus-Lehmann,Schuldrecht S.881.Außer der in Anm. 422 genannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: BGHZ 15,249; 20,345; 26,349; 27,284; 30,7; BGH NJW 1959,525; KG NJW 1956,26; Coing SJZ 1947,642.Eine Zusammenfassung der neuesten Rechtsprechung sieht der Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes - Bundestagsdrucksache Nr.1237 - vor.Nach diesem Entwurf soll der § 12 BGB durch die §§ 12 bis 20 des Entwurfs ersetzt

Verletzung selbst als ausreichende Grundlage für einen Schadensersatzanspruch ansieht,das heißt zumindest in den Fällen des § 823 Abs.2 BGB. Bedenken dagegen können nicht geltendgemacht werden,weil die Rechtsordnung in diesen Fällen die Unterlassungsklage selbst anerkennt.Sogar Lehmann spricht davon,daß damit die im § 823 Abs.2 BGB geschützten Rechtsgüter "praktisch eben subjektive Rechte" würden.[427]

Damit würde also § 823 Abs.2 BGB nicht ein subjektives Recht begründen,sondern angeben,daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht jedenfalls vom Recht insoweit anerkannt wird,als der Schutz des § 823 Abs.2 BGB reicht.Demgegenüber könnte nicht geltendgemacht werden,das subjektive absolute Recht sei gegen jeden Angriff geschützt,wohingegen die Güter des § 823 Abs.2 BGB nur in einzelnen Richtungen geschützt seien,soweit das Verbot reiche.Denn wenn es richtig ist,daß die Verbotsbestimmungen das subjektive Recht nicht begründen,sondern nur angeben,daß es zumindest in den Grenzen der Schutznorm besteht,so ist ja nichts darüber ausgesagt,ob das subjektive Recht nicht noch weiter reicht,ohne daß dessen Verletzung auch eine Rechtsfolge auslöst.Darüberhinaus hat Nipperdey [428] überzeugend nachgewiesen,daß ja auch die absoluten Rechte praktisch eben doch nicht gegen jeden Eingriff geschützt sind. Damit entfällt auch das Bedenken,bei Anerkennung eines subjektiven Rechts im Rahmen des § 823 Abs.2 BGB müßte man ein "Recht auf Ruhe gegen jedermann" zum Beispiel anerkennen. [429] Hier wird Recht und

---

werden; bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts soll Anspruch auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr Anspruch auf Unterlassung gewährt werden.Wenn der Entwurf in den genannten Vorschriften im einzelnen aufführt,was als Persönlichkeitsrechtsverletzung gelten soll,so muß hervorgehoben werden,daß damit der Umfang des Persönlichkeitsrechts in keiner Weise erschöpfend geregelt wird.Vielmehr bleibt der Wissenschaft und der Rechtsprechung Raum,die Lehre vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht weiterzuentwickeln.Gleichviel,ob der Entwurf in dieser Form Gesetz werden wird oder nicht,bleibt er doch als eine zustimmende Äußerung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht hervorzuheben.Zu dem Entwurf Neumann-Duesberg NJW 1960,749 und Weitnauer NJW 1960,1 1142. 424) Lehmann,Allgemeiner Teil des BGB,11.Aufl.,S.77; anders 12.Aufl. S.79 f. 425) Deliktsobligationen S.31. 426) a.a.O. S.77. 427) a.a.O. S.114. 428) Enneccerus - Nipperdey,15.Aufl.,Bd.I S. 433 . 429) Schuldrecht II S. 328 f.

Anspruch verwechselt. Einen Anspruch auf Unterlassung eines Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht gegen jede nur mögliche Person würde man in demselben Umfang haben oder nicht haben,in dem ein Anspruch auf Unterlassung eines Eingriffs in das Eigentum bestünde oder nicht bestünde.

Wenn allerdings gesagt wird [430], damit,daß eine Schadensersatzpflicht an ein schuldhaftes Verhalten geknüpft sei,sei ausgesprochen,daß die Handlung verboten sein solle, woraus folge,daß eine Pflicht zur Unterlassung bestehe und auf Unterlassung geklagt werden könne,so ist dies nicht ganz zutreffend.Der Unterlassungsanspruch ist weder im Rahmen des § 823 Abs.1 BGB noch im Rahmen des § 823 Abs.2 BGB die berechtigende Seite des Rechtsverbots oder der durch diese Normen begründeten Unterlassungspflicht, er entspringt vielmehr dem geschützten subjektiven Recht,also im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB dem Persönlichkeitsrecht. Das Wesen aller Ausschließlichkeitsrechte einschließlich des Persönlichkeitsrechts besteht gerade darin,daß der Rechtsinhaber selbst das Verbietungsrecht hat. Mit der Unterlassungsklage wird das Verbietungsrecht geltendgemacht, nicht etwa das durch die Schutznorm des objektiven Rechts begründete allgemeine Eingriffsverbot. Denn diese Normen durchzusetzen wäre nur der Staat berechtigt. [431] Die Berechtigung des Geschädigten kann nicht aus der Normverletzung selbst abgeleitet werden.Aus der Normverletzung kann sich zwar ergeben,wer verpflichtet ist. Wer jedoch berechtigt ist,ergibt sich immer nur aus dem Umstande, wem das verletzte subjektive Recht zusteht. Wenn man im Rahmen der gesetzlichen Ge- oder Verbote von Berechtigung spricht, so ist stets nur der Staat berechtigt,nicht ein Dritter. Die Berechtigung des Staates geht auf Achtung des Verbots und Vollziehung des angedrohten Übels [432]. Stets nur unter Heranziehung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts[433]

---

430) Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil,15.Aufl. S. 444.
431) Binding,Normen I S.456. 432) Binding a.a.O. 433) Ebenso Eltzbacher,Unterlassungsklage S.150 ff, 214 ff ; auch Rosenthal,Unterlassungsklage S. 2 ff, 38 ff ; gegen Eltzbacher allerdings voller Ironie völlig zu Unrecht Fischer a.a.O. S.150.

als absoluten Rechts,aus dem die Unterlassungsklage fließt, ist es möglich zu erklären,warum die Unterlassungsklage keinen rechtswidrigen,sondern nur einen vom Rechtsinhaber nicht zu duldenden Eingriff voraussetzt [434]. Daß ein rechtswidriger Eingriff nicht dasselbe ist wie ein nicht zu duldender Eingriff,ist eingehend dargelegt worden.Nur so läßt sich nicht nur die systematische Einordnung der Unterlassungsklage in das Rechtssystem,sondern auch die Tatsache erklären,daß der Geschädigte einen Unterlassungsanspruch gegen einen sich verkehrsrichtig Verhaltenden auch dann hat,wenn dieser den schädlichen Erfolg nicht rechtswidrig herbeigeführt hat.Damit ist die Auffassung widerlegt,die Unterlassungsklage sei nur ein prozessuales Institut, zugleich ergibt sich aber auch damit,daß der Unterlassungsanspruch insbesondere auch in den Fällen des § 823 Abs.2 BGB dem oben entwickelten Unrechtsbegriff ebenfalls nicht entgegensteht,weil er nicht die Rechtsfolge eines Unrechtstatbestandes ist.[435]

2) Steht die Unterlassungsklage dem Unrechtsbegriff nicht entgegen,so bleibt dieser noch im Hinblick auf die Notwehr zu untersuchen.Notwehr ist eine Handlung,die zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs vorgenommen wird.Wenn die Verletzung eines Rechtsguts unter Umständen deswegen nicht rechtswidrig ist,weil der schädliche Erfolg eine inadäquate Folge eines Verhaltens ist,so ist damit nicht gesagt,daß der Angriff auf das rechtlich geschützte Gut dann nicht rechtswidrig ist,wenn er nur die Auswirkung eines sonst verkehrsrichtigen Verhaltens ist. Das hat auch Schmidt [436] nicht verkannt, wenn er meint, es sei eben immer noch etwas anderes, ob A gegen B, der ihm durch verkehrsrichtiges Verhalten einen Körperschaden zugefügt habe, einen Anspruch nach § 823 BGB habe oder ob A sich diese Körperverletzung wehrlos gefallen lassen müsse. Schmidt meint jedoch mit Recht,dies nötige nicht unbedingt dazu,die neue Lehre vollständig zu verwerfen,man könne sie für § 823 BGB beibehal-

---

434) Interessant ist der Hinweis Bienenfelds a.a.O. S.469, daß die systematische Einordnung der Unterlassungsklage sich für das schweizerische Recht zwanglos im Anschluß an die Verletzung des Persönlichkeitsrechts ergebe; er sagt zutreffend,die Behandlung der Unterlassungsklage im An -

ten,müsse sie aber für § 227 BGB ablehnen; es gäbe dann eine erfolgsbetonte (§ 227) und eine handlungsbetonte (§ 823) Rechtswidrigkeit.Er meint,die neue Lehre führe bei der Notwehr häufig zu praktischen Ergebnissen,die ungerecht seien.Hier liege das Schwergewicht auf der Verhinderung des Erfolges,und diese Verhinderung müsse zulässig sein,auch wenn der Täter mit der objektiv erforderlichen Sorgfalt handele; es bleibe hier nach § 227 BGB nichts anderes übrig,als die objektiv sorgfältige Handlung des Angreifers als rechtswidrig anzusehen.Gegenüber den von Schmidt [437] erhobenen Bedenken hat Nipperdey [438] allerdings dahingehend Stellung genommen,daß die Rechtswidrigkeit in § 823 BGB eine andere Bedeutung habe als in § 227 BGB. Er meint auch,daß in Fällen,in denen ein verkehrsrichtig geführtes Auto schleudere und in eine Menschenmenge hineinzurasen drohe,Notwehr gegenüber dem Verhalten des Kraftfahrers,das er als sozialadäquat bezeichnet,zulässig sein müsse. [439] Er geht davon aus,Notwehr sei nach einer im Strafrecht vertretenen Auffassung nicht nur zulässig,wenn der Angriff objektiv rechtswidrig,sondern auch dann,wenn er unbefugt sei,das heiße,wenn der Eingreifende sich nicht auf ein Eingriffsrecht stützen könne.Nipperdey führt zur Rechtfertigung seiner Ansicht die Fälle an,in denen der Kraftfahrer infolge einer Ohnmacht in die Menschenmenge hineinzufahren oder ein Straßenpassant aus demselben Grunde in eine Schaufensterscheibe hineinzufallen drohe;hier müsse Notwehr zulässig sein; damit sei bewiesen,daß es auf eine bewertbare Handlung nicht ankomme,weil eine Handlung hier überhaupt nicht vorliege.Hiergegen wendet sich Schmidt [440]

---

schluß an das Deliktsrecht sei üblich,obwohl gerade hier die auffallende Ähnlichkeit mit der actio negatoria auf die Verbindung mit den dinglichen Rechten hinweisen würde. 435). Auch Welzel,Strafrecht S. 48 und Wiethölter a.a.O.S.55 halten auch bei verkehrserforderlicher Sorgfalt Unterlassungsklage für gegeben,weil unterschiedliche Normmaterie. 436) NJW 1958,488; ebenso Lehmann,Festschrift für Hedemann, 1958 S.189; Larenz Schuldrecht II S.365; May NJW 1958,1265; Wussow NJW 1958,892; Boennecke NJW 1960,1189. 437) a.a.O. zustimmend Wussow a.a.O.; Boennecke a.a.O. 438) Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil,15.Aufl. S.1296. 439) Anderer Ansicht Wiethölter a.a.O. S.54,gegen Nipperdey scheine ihm als Theorie die Lösung den Vorzug zu gewinnen,die in Fällen verkehrserforderlich sorgfältigen Tuns des Angreifers die Notwehr folgerichtig verneine.

mit dem Hinweis,daß die herrschende Meinung im Strafrecht im Gegensatz zu der Auffassung,auf die sich Nipperdey stütze,gerade dahin gehe,daß der Angriff objektiv rechts - widrig sein müsse; es bestehe kein Grund,davon abzugehen; aber selbst wenn man es tun wolle,so bleibe es dabei,daß die Rechtswidrigkeit in § 227 BGB anders verstanden werden müsse als in § 823 BGB,was eben bei einem so grundsätz - lichen Begriff wie der Rechtswidrigkeit bedenklich sei.

Unter Zugrundelegung eines kausalen Handlungsbegriffs würde es entgegen Schmidts Auffassung nicht schwerfallen, die Frage der Notwehr im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit des Angriffs anders zu behandeln als die Fälle der Rechts- gutsverletzung,einfach deswegen,weil jede kausale Betrach- tung darauf angewiesen ist,an einen Erfolg anzuknüpfen, an dem es gerade bei der Notwehr fehlt.Das mag folgendes zeigen: Eine schrankenlose kausale Betrachtung ist im Rahmen des § 823 BGB nicht durchführbar,weil nicht alles, was eine conditio sine qua non ist,von der Rechtsordnung in das Urteil der Rechtswidrigkeit einbezogen werden kann. Von vornherein müssen erst einmal die Bedingungen ausge - schieden werden,die nicht Willensbetätigung sind: der Schlafwandler,der Hypnotisierte,dessen Körperbewegungen nicht auf einen Willensakt zurückgehen,begeht keine Hand- lung,setzt also keine rechtserhebliche Bedingung für einen Erfolg.Jemand,der unter vis absoluta einen beleidigenden Brief schreibt oder den Körper eines anderen verletzt, setzt selbst willentlich keine rechtserhebliche Bedingung für den Erfolg,weil nicht er,sondern der Gewaltausübende handelt. Aber muß man sich von einem Schlafwandler,von einem Hypnotisierten,einem unter vis absoluta Handelnden verletzen oder gar töten lassen,nur weil seine Körperbe- wegungen nicht auf einen Willensakt zurückgehen und aus diesem Grunde für einen eingetretenen Erfolg etwa als rechtserhebliche Ursache mangels Handlung ausscheiden? Und weitergehend: unter Anwendung der adäquaten Verur - sachungstheorie kommen unter den conditiones sine quibus solche als Ursachen eines eingetretenen Erfolges im Rechtssinne nicht in Betracht,die nach der Lebenserfahrung vom Standpunkt des nachträglich urteilenden Richters einen

Erfolg,wie er eingetreten ist,nicht haben konnten.Es hat bisher kein Zweifel bestanden,daß auch gegen Handlungen, die bei Eintritt des Erfolges als dessen inadäquate Bedingungen angesehen werden würden,die Notwehr gegeben ist. Hier ist niemals gesagt worden,das sei systemwidrig.Beim verkehrsrichtigen Verhalten ist es nicht anders: die Tatsache,daß ein Verhalten als Bedingung für den Erfolg ausscheidet,hat zunächst einmal keinen Einfluß darauf,ob auch die Notwehr gegeben ist. Daraus ergibt sich: Die kausale Betrachtungsweise ist überhaupt nur möglich,wenn ein Erfolg eingetreten ist.Ist er aber eingetreten,so kommt auch die kausale Betrachtung nicht umhin,bestimmte Bedingungen als Ursachen im Rechtssinne auszuscheiden.Bei der Frage,ob Notwehr gegeben ist,gibt es überhaupt keine kausale Betrachtung,weil es am Eintritt eines Erfolges fehlt.Es handelt sich hier nicht um die Frage,ob ein Erfolg noch einem Verhalten zugerechnet werden kann,sondern darum,ob man in einen Kausalprozeß eingreifen darf,ob man einen Erfolg verhindern darf.Hier fehlt es von vornherein an den Umständen,die letztlich bewirken,daß bei Eintritt des Erfolges bestimmte Bedingungen ausgeschieden werden,nämlich an der Unvermeidbarkeit des eingetretenen Erfolges; denn in den Fällen der Notwehr kann und soll ja gerade der Erfolg verhindert werden.

Die kausale Handlungslehre ist daher in den Fällen der Notwehr darauf angewiesen,eine finale Betrachtung vorzunehmen,und sie tut das objektiv final in dem Sinne,daß sie nicht auf die Willensrichtung oder überhaupt auf den Willen des Handelnden abstellt,sondern darauf,ob die Körperbewegungen äußerlich zu einem Eingriff zu führen drohen. Während die kausale Betrachtung also beim Urteil der Rechtswidrigkeit die Handlung einbezieht,tut sie es bei der Notwehr nicht.Es trifft also nicht zu,daß der Rechtswidrigkeitsbegriff des § 823 BGB ein anderer ist als der des § 227 BGB,vielmehr ist das,woran die Rechtsordnung das Urteil der Rechtswidrigkeit knüpft,voneinander verschieden.§ 823 BGB knüpft eine Rechtsfolge an einen Tatbestand,§ 227 BGB knüpft keine Rechtsfolge an ein bestimmtes Geschehen,sondern korrigiert nur den im § 823

BGB gegebenen Verbotssatz,und zwar dann,wenn ein rechtswidriger Angriff auf ein rechtlich geschütztes Gut vorliegt,nicht etwa dann,wenn ein Angriff im Sinne einer Gefährdung eines rechtlich geschützten Gutes "widerrechtlich verursacht" worden ist.§ 227 BGB will das Element der Handlung aus dem Begriff des Angriffs völlig eliminiert wissen.Aus diesem Grunde geht Nipperdey [441] mit Recht davon aus,daß in den Fällen des § 227 BGB es auf eine bewertbare Handlung überhaupt nicht ankomme.Dabei spielt keine Rolle,daß der Angreifer auch eine Handlung begeht,oder besser ,daß der Angriff zugleich auch als eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 BGB zu qualifizieren ist.Man kann sicherlich Überlegungen darüber anstellen,ob Handlung und Angriff ein und dasselbe bezeichnen,einmal von der Aktiv-,einmal von der Passivseite her.Solange nur e i n Fall denkbar ist,in dem das Recht Handlung und Angriff verschieden behandelt,fehlt es an dieser Kongruenz.Handlung und Angriff werden häufig zusammenfallen,tun es aber nicht notwendig.Solche Fälle fehlender Kongruenz von Handlung und Angriff sind die Körperverletzungen durch einen Schlafwandler,Hypnotisierten,einen unter vis absoluta Handelnden, einen inadäquat Handelnden; auch der von Nipperdey herangezogene Fall,in dem ein Ohnmächtiger Schaden anrichtet, gehört hierher.[442] Hier liegt keine Handlung bzw. keine rechtswidrige Handlung im Sinne des § 823 BGB,wohl aber ein Angriff im Sinne des § 227 BGB vor.Damit entfällt aber die Möglichkeit,von einer Doppeldeutigkeit der Rechtswidrigkeit zu sprechen,denn nicht die Rechtswidrigkeit ist verschieden,sondern das,worauf sich diese bezieht.Das aber ist nichts Ungewöhnliches; denn auch im § 123 BGB wird der Begriff der Rechtswidrigkeit verwendet,obwohl dort etwas anderes gemeint ist als im § 823 und im § 227 BGB.

---

441) Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil,15.Aufl. S. 1296. 442) a.a.O. Wenn Schmidt NJW 1960,1706 f die voll zu billigende Auffassung Nipperdeys durch einen Hinweis auf Widersprüche in dessen Ausführungen entkräften zu können glaubt,so ist das irrig; allerdings sagt Nipperdey auf S. 1296 a.a.O. daß Notwehr gegenüber einem Kraftfahrer,dessen Verhalten er als sozialadäquat bezeichnet,zulässig sei,während er S. 1451 unter a) die Notwehr gegenüber sozialadäquatem Verhalten für ausgeschlossen hält.Dieses Versehen ist daraus zu erklären,daß Nipperdey

Wenn die tatsächlichen Voraussetzungen im § 227 BGB andere sind als im § 823 BGB,so kann man die neuere Auffassung über die Rechtswidrigkeit im Rahmen des § 823 BGB nicht durch einen Hinweis auf § 227 BGB ad absurdum führen. Die Verhältnisse hier rechtfertigen durchaus eine andere Beurteilung.Hinzu kommt folgendes: Wiethölter [443] weist zutreffend darauf hin,daß man die Notwehrmöglichkeiten in solchen Situationen nicht überschätzen sollte,sie seien praktisch kaum vorstellbar.[444] Die Frage ist nur,ob es nicht am Platze wäre,auch im Rahmen des § 227 BGB von der bisherigen Auffassung abzurücken und auch den Begriff des Angriffs durch Einbeziehung eines gewissen Handlungselements,und zwar eines finalen Handlungselements zu subjektivieren,um auch in diesem Punkte eine Annäherung an die finale Handlungslehre zu erzielen.Wenn ein Arzt eine Patientin mit deren Einverständnis zu operieren sich anschickt,ist es dann gerechtfertigt,daß der in letzter Minute hinzukommende Ehemann oder ein anderer,der weiß, daß die Operation für die Frau mit Sicherheit tödlich sein wird,den Arzt durch eine Notwehrhandlung verletzen darf, obwohl dieser sich völlig ordnungsgemäß verhielt und die Tödlichkeit der Operation nicht erkennen konnte? Ist es wirklich gerechtfertigt,daß ein Passant einen ahnungslosen, sich absolut verkehrsgemäß verhaltenden Kraftfahrer,der sogar außerordentlich vorsichtig fährt,durch einen Steinwurf verletzen darf,nur weil er im Begriff ist,im Dunkeln auf einen verborgenen Sprengkörper zu fahren,durch dessen Explosion in der Nähe spielende Kinder verletzt werden würden? Handelt wirklich der Weichenwärter rechtmäßig, wenn er,um zu verhindern,daß eine verkehrsgemäß daherkommende Lokomotive in eine Arbeiterschar hineinbraust,im letzten Augenblick die Weiche falsch stellt,wodurch die Lokomotive entgleist und der Lok-Führer getötet wird? In allen diesen Fällen verhalten sich diejenigen,von denen

---

seine Ansicht über die Zulässigkeit der Notwehr geändert hat,vgl. noch NJW 1957,1777 ff.Sachlich ist die neuere Lehre durch diesen Widerspruch angesichts dessen kaum zu erschüttern. - Daß hier Notwehr gegeben ist,nimmt auch Boennecke NJW 1960,1109 an,ebenso Zeuner JZ 1961,41 ff, dagegen verneint Wiethölter a.a.O. S.54 die Notwehrmöglichkeit wegen fehlender Rechtswidrigkeit. 443) a.a.O.

die Gefahr ausgeht,völlig ordnungsgemäß,wie sich jeder andere auch verhalten hätte.Soll sich wirklich der Weichenwärter zum Richter darüber aufschwingen dürfen,wessen Leben das höherwertige ist? Noch deutlicher wird das Problem, wenn zwei Omnibusse,deren Fahrer einander nicht sehen können,sich aber objektiv verkehrsgemäß verhalten,aufeinanderzufahren drohen.Vonwelchem Fahrer soll ein Dritter, der Notwehr,genauer Nothilfe üben will,annehmen,er greife den anderen an. Andererseits ist eines nicht zu übersehen, daß derjenige,dem die Gefahr von einem sich absolut verkehrsgemäß Verhaltenden droht,sich nicht deswegen überfahren lassen muß.Das im Strafrecht mögliche Ausweichen auf den schuldausschließenden Notstand ist keine Lösung,weil das Zivilrecht einen solchen Schuldausschließungsgrund nicht kennt.Es wäre daran zu denken,Notwehr wirklich nur bei finalen Handlungen zuzulassen,im übrigen aber zum Beispiel in den Fällen des verkehrsrichtigen Verhaltens, in Fällen also,in denen ein Mangel an finaler Steuerung nicht vorhanden ist,dem Betroffenen aus dem dem § 229 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken ein eigenes Recht zuzugestehen,seinen Unterlassungsanspruch,den er nach dem oben Gesagten auch dann gegen den Handelnden hat,wenn sich dieser verkehrsrichtig verhält,im Wege der Selbsthilfe durchzusetzen.Damit wäre erreicht,daß einer Rechtsgutsverletzung oder Rechtsgutsgefährdung auch im Rahmen des § 227 BGB das Urteil der Rechtswidrigkeit erspart bliebe,ohne den Betroffenen schutzlos zu machen.Diese Regelung erscheint zweckmäßig,dürfte jedoch de lege lata daran scheitern,daß der Gesetzgeber den Angriff im Sinne des § 227 BGB anders aufgefaßt wissen will als die Handlung im Sinne des § 823 BGB.Es ist nicht zutreffend,hier von einer verschiedenen Rechtswidrigkeit zu sprechen.Ebenso wie ein wesentlicher Unterschied zwischen Handlungs- und Zustandsunrecht besteht,besteht ein solcher zwischen Handlungsunrecht und einem zur Abwehr berechtigenden Unrecht.

S. 54. 444) ähnlich Dunz NJW 1960,507 ff, besonders S. 508 Anm. 10; Hafferburg NJW 1959,1398 ff,besonders S. 1399.

3) Damit ergibt sich,daß auch die Verhältnisse bei der Notwehr dem oben gefundenen Ergebnis über die Funktion des Rechtswidrigkeitsurteils im Rahmen der unerlaubten Handlung nicht entgegenstehen.

VII. Das Ergebnis war,um es noch einmal hervorzuheben: Der § 823 BGB und die übrigen Vorschriften der unerlaubten Handlung enthalten eine Verhaltens- und eine Bewertungs - norm,sie enthalten die Umschreibung des Unrechtstatbestandes selbst.Das Urteil der Rechtswidrigkeit gleicht die untragbaren Ergebnisse einer konsequenten kausalen Betrachtung und Wertung dadurch aus,daß es gewisse Ursachen im logisch-naturwissenschaftlichen Sinne nicht als Ursachen im Rechtssinne ansieht und damit das Vorliegen eines rechtserheblichen Kausalzusammenhanges zwischen Handeln und Erfolg,[445] also das Vorliegen einer rechtswidrigen Verletzung subjektiver Rechte verneint.Daraus resultiert,daß die Frage,ob der Rechtsinhaber einen Eingriff nicht zu dulden braucht,nicht identisch ist mit der Frage,ob der Eingriff rechtswidrig ist.Nicht die Verletzung des aus dem subjektiven Recht fließenden Verbietungsrechts des Rechtsinhabers stempelt den Eingriff zu einem rechtswidrigen, sondern die Verletzung der Norm des objektiven Rechts.Die Rechtswidrigkeit ist daher Normwidrigkeit und orientiert sich an den Ge- und Verboten des objektiven Rechts,nicht am Verbietungsrecht des subjektiven Rechts.Sicherlich ist es nicht unrichtig zu sagen,mit jeder Verletzung des subjektiven Rechts werde auch das objektive Recht verletzt, eine solche Feststellung verwirrt aber nur.Entscheidend ist,ob mit der Verletzung des subjektiven Rechts auch stets eine Verhaltensnorm des objektiven Rechts verletzt wird.Da das nicht der Fall ist,kann das Wesen der Rechtswidrigkeit nicht in der Verletzung eines subjektiven Rechts,sondern nur in der Verletzung einer Verhaltensnorm des objektiven Rechts liegen.Sicherlich ist jede Verletzung eines subjektiven Rechts eine solche,die nicht geduldet zu werden braucht,das aber ist nicht eine Frage der Rechtswidrigkeit; jede Feststellung,daß eine Handlung rechtswidrig ist,bedeutet die Fällung eines negativen Wert-

445) vgl. auch den Rechtswidrigkeitszusammanhang der Relevanztheorie, Mezger StuB I (1960) S.71 ff.

urteils auch über das Verhalten selbst.Ein solches Urteil kann nicht auf der Basis des subjektiven Rechts gefällt werden; denn ihm ist der Vorwurf wesentlich. Daher kommt man immer in Schwierigkeiten, wenn man in den Fällen der sozialen Adäquanz,in denen man unmöglich aus dem Erfolg allein die Berechtigung ableiten kann,auch über das Verhalten das negative Werturteil der Rechtswidrigkeit zu fällen, darauf ausweicht,das Urteil der Rechtswidrigkeit besage ja nur,daß dem Handelnden kein Eingriffsrecht zustehe. Abgesehen davon,daß dies sowieso nicht zutrifft, [446] liegt hierin ein Ausweichen auf einen am subjektiven Recht orientierten Rechtswidrigkeitsbegriff,der wegen seines individualistischen und geradezu sozialfeindlichen Gepräges abzulehnen ist. Maßgebend dafür,was erlaubt ist, sind die Verhaltensnormen des objektiven Rechts,nicht das Verbietungsrecht und die Duldungspflicht des Rechtsinhabers.Ein negatives Werturteil kann über die Verletzung eines subjektiven Rechts nur dann gefällt werden,wenn darin zugleich auch ein Verstoß gegen einen Verbotssatz des objektiven Rechts liegt. Man kann aber nicht umgekehrt sagen,daß in der Verletzung des subjektiven Rechts zugleich auch eine solche des objektiven Rechts im Sinne einer Summe von Ge- und Verboten liege.Ob in der Verletzung eines subjektiven Rechts auch eine solche des objektiven Rechts liegt,richtet sich danach,was das objektive Recht verbietet und mißbilligt, nicht danach,was der Rechtsinhaber aus dem subjektiven Recht heraus verbieten kann.

Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch durch folgende Überlegung bestätigt: Wenn die Rechtsordnung im § 823 BGB einen Schadensersatzanspruch gibt,so stellt dieser für den Geschädigten eine Berechtigung,für den Verpflichteten eine Verbindlichkeit dar,es ist aber dasselbe, nur von verschiedenen Seiten betrachtet. Dieselbe Kongruenz müßte sich nun auch auf der Ebene des Eingriffsverbots feststellen lassen. Das Gesetz begründet durch die Norm des § 823 BGB eine Verpflichtung,einen unerlaubten Eingriff in das Recht eines anderen zu unterlassen.Es kann auch kein Zweifel sein,daß der Rechtsinhaber unter Um-

446) vgl. oben S. 79 ff.

ständen einen Unterlassungsanspruch hat.Aber hier ist zwischen Anspruch und Verpflichtung keine Identität vorhanden; denn mit der Unterlassungsklage macht der Rechtsinhaber nicht das durch die Norm des § 823 BGB begründete Verbot, in Rechte anderer einzugreifen,geltend,sondern er macht seinen eigenen aus dem subjektiven Recht fließenden Unterlassungsanspruch geltend.Da das subjektive Recht aber nicht die begünstigende Seite der Schutznorm ist,ist das Eingriffsverbot des § 823 BGB nicht identisch mit dem aus dem subjektiven Recht fließenden Verbietungsrecht des Geschützten.Wenn das aber so ist,muß der Verstoß gegen die Verhaltensnorm des objektiven Rechts unabhängig davon festgestellt werden können,ob auch das Verbietungsrecht des Rechtsinhabers verletzt worden ist und umgekehrt. Nur das erste kann überhaupt Gegenstand des Unrechtsurteils sein; die Rechtsnormen des Deliktsrechts können nur Handlungen verbieten oder mißbilligen.Einen schädlichen Erfolg mißbilligen sie grundsätzlich nur dann,wenn sie auch die zum Erfolg führende Handlung verboten oder mißbilligt haben.Die Frage,welches Verhalten ge- oder verboten bzw. mißbilligt wird,kann aber unmöglich vom Erfolg her beurteilt werden; denn das würde auf eine Verhaltensnorm des Inhalts hinauslaufen: verboten ist jedes Verhalten,das eine,wenn auch noch so entfernte Bedingung für einen schädlichen Erfolg bildet.Das würde bedeuten,daß man seinen Fuß nicht mehr vor die Tür setzen dürfte,ohne nicht jeden Augenblick Gefahr zu laufen,sich rechtswidrig zu verhalten.Schon im Zeitpunkt des Verhaltens muß feststellbar sein,ob man eine vom Recht gebilligte oder mißbilligte Handlung begeht. [447] Und wenn eine Rechtsordnung gefährliche Anlagen oder Tätigkeiten zuläßt,sie also nicht verbietet und sogar noch Ausübungsvorschriften enthält in dem Bewußtsein,daß auch bei noch so sorgfältigem Verhalten Schäden eintreten können,dann kann nicht eine Tätigkeit, die sich im Rahmen des Ordnungsgemäßen hält dadurch rückwirkend zu einer rechtswidrigen werden,daß eine Schädigung eintritt. [448]

---

447) so auch Zippelius NJW 1957,1707 f. 448) BGHZ 24,21; und die oben S.61 Anm. 255 angegebene Literatur.

VIII. 1) Indem also die Rechtsordnung die Handlung in das Unrechtsurteil einbezieht,zieht sie einen Trennungsstrich zwischen dem objektiven und dem subjektiven Recht und setzt an die Stelle eines durch das subjektive Recht bestimmten Rechtswidrigkeitsbegriffs einen solchen des objektiven Rechts.Damit verliert das subjektive Recht im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit jede regelnde Funktion und wird zum bloßen Schutzobjekt der Rechtsnorm,zu einem rechtlich geschützten Gut,wie das bei allen Rechtsgütern der Fall ist,zu deren Schutze eine Verhaltensnorm besteht. Das Wesen des Delikts liegt demgemäß auch nicht in der Verletzung des subjektiven Rechts,sondern in der Verletzung des objektiven Rechts im Sinne einer Unrechtsverwirklichung. Das würde bedeuten,daß sich bei einer mehrfachen Verletzung von Rechten die Frage nach der Deliktseinheit oder Deliktsmehrheit nicht schlechthin nach der Zahl der verletzten Rechte beurteilt,sondern nach Art und Umfang der Unrechtsverwirklichung, nach der Zahl der Rechtsgutsverletzungen, wenn man so will.

2) Art und Umfang der Unrechtsverwirklichung richten sich,und das ist im Strafrecht nichts Ungewöhnliches, nicht nach der Zahl der konkreten Erfolge,die eine strafbare Handlung gehabt hat. [448] Wäre das der Fall,dann wäre man im Strafrecht wahrscheinlich nie zur Annahme einer fortgesetzten Handlung gelangt, deren Wesen gerade darin liegt, daß die Handlungseinheit zu einer Deliktseinheit auch dann führt, wenn die Rechtsgüter verschiedener Personen verletzt worden sind. Im Strafrecht begeht jemand, der durch eine einzige Wegnahmehandlung mehrere Sachen verschiedener Eigentümer stiehlt, nur einen einzigen Diebstahl,nicht etwa so viele Diebstahlsdelikte, wie Eigentümer geschädigt wurden,oder genauer wie Rechte an den gestohlenen Sachen verletzt wurden; denn an einer Sache können auch mehrere Rechte bestehen. Es ist allerdings umstritten, warum dies so ist. Zum Teil wird angenommen, daß durch eine einzige Handlung mehrere Delikte überhaupt nicht begangen werden können; hervorgehoben wird,daß das Delikt Handlung sei und daß daher

448) vgl. statt vieler Maurach,Strafrecht,Allgemeiner Teil, S. 573 ff; Allfeld S. 232 Anm. 2.

e i n e Handlung auch nur e i n Delikt sein könne.[449] Demgegenüber herrscht die Auffassung vor,daß eine Handlung, die mehrere Deliktstatbestände erfülle,zu einer Delikts - mehrheit führe.Sie meint,zum Delikt gehöre zwar eine Handlung,daraus folge aber nicht,daß die Zahl der Delikte mit der der Handlungen übereinstimmen müsse.Ein Delikt begehen heiße nichts anderes als einen mit Strafe bedrohten Tatbestand erfüllen; es sei nicht einzusehen,weshalb nicht durch e i n e Handlung mehrere solcher Tatbestände erfüllt werden könnten,die in Tateinheit zueinander stünden.[450] Immerhin räumen von Liszt - Schmidt [451] auf der einen und Frank [452] auf der anderen Seite ein,daß,rein logisch betrachtet, beide Anschauungen möglich seien. Eine andere Meinung nimmt,wenn e i n e Handlung mehrere reale Erfolge hatte, allerdings tatsächlich Verbrechensmehrheit,begangen durch Tatmehrheit,an,und zwar wegen der Mehrheit der Kausalitäten. Diese Lehre [453] wird jedoch zu Recht abgelehnt,weil sie den strafrechtlichen Bedürfnissen nicht gerecht wird.[454] Besonders umstritten ist die Frage der Verbrechenseinheit bzw. -mehrheit,wenn jemand durch e i n e Handlung meh - rere gleichartige Erfolge herbeigeführt hat,zum Beispiel wenn jemand durch einen Schuß zwei Personen tötet.Während vom Standpunkt der Lehre,die das Wesen des Delikts in der Handlung sieht,auch in diesen Fällen konsequenterweise nicht nur Handlungs- ,sondern auch Verbrechenseinheit angenommen wird,wird vorwiegend Verbrechensmehrheit,begangen

---

449) von Liszt-Schmidt a.a.O. S. 359; Mezger,Lehrbuch S. 469 f und StuB I S.247 f; Maurach,Allgemeiner Teil S. 573; von Hippel II S.505; Höpfner,Einheit und Mehrheit des Verbrechens S. 1,159 ff; Lent,Gesetzeskonkurrenz S.47 ff; weitere Literaturhinweise bei Frank Anm. I zu § 73 und All - feld S.240 Anm. 42. 450) Frank a.a.O. Anm.I zu § 73,ebenso Anm. II zu § 73; von Bar,Gesetz und Schuld III S. 524 ff; Allfeld S. 239 f; Honig,Studien S. 3 ff; 70 ff; Schwarz Anm. 1 A b vor § 73; H.Mayer,Strafrecht,Allgemeiner Teil S.412; Schönke-Schröder Anm. II zu § 73. 451) a.a.O. § 54 a.E. 452) a.a.O. Anm. II a.E. zu § 73. 453) vgl. die bei Frank a.a.O. Anm.III zu § 73 angegebene Literatur,ferner den Hinweis Allfelds a.a.O. S.240 Anm. 42. 454) Allfeld a.a.O. S. 240 Anm. 42; Mezger,Lehrbuch S.468 Anm.2; vgl. die übrige in den Anm. 449 und 450 angegebene Literatur.

in Tateinheit, angenommen, sogenannte "gleichartige Idealkonkurrenz".[455] Ob das gerechtfertigt ist angesichts dessen, daß Idealkonkurrenz die Beurteilung der Tat nach verschiedenen strafrechtlichen Unwertgesichtspunkten ist, erscheint zweifelhaft, denn eine solche Handlung verletzt nicht verschiedene Strafgesetze, sondern immer nur dasselbe Strafgesetz.[456] Aber gleichgültig, wie diese Frage zu beurteilen ist, ist hervorzuheben, daß die Rechtsprechung "gleichartige Idealkonkurrenz" immer nur dann angenommen hat, wenn durch e i n e Handlung mehrere höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen verletzt wurden. Nur in diesen Fällen kann man davon sprechen, daß Deliktsmehrheit, begangen durch Tatmehrheit, vorliegt. In Fällen jedoch, in denen durch e i n e Handlung mehrere gleichartige Erfolge herbeigeführt wurden, die nicht in der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter bestanden, hat die Rechtsprechung immer Deliktseinheit auch dann angenommen, wenn die durch Handlungseinheit verletzten Rechtsgüter verschiedenen Personen zustanden.[457] Auch wenn jemand dasselbe höchstpersönliche Rechtsgut derselben Person durch eine juristische Handlungseinheit mehrmals verletzt, liegt Deliktseinheit, und nicht Deliktsmehrheit vor.[458]

Wollte man meinen, daß jede Erfolgsverursachung im Strafrecht e i n Delikt sei, so müßten stets so viele Delikte vorliegen, wie Rechtsgüter des einzelnen verletzt wurden. Das wird jedoch nicht angenommen, weil das Unrecht nicht auf dem konkreten Erfolg aufbaut, auf dem persönlichen oder sachlichen Gut des einzelnen, sondern auf dem hinter der Schutznorm stehenden Gut der Allgemeinheit, dem Rechtsgut. Durch eine solche Abstraktion vom konkreten Erfolg ist notwendig eine stärkere Subjektivierung des Unrechts verbunden; denn damit entfällt ja die Funktion des

---

455) Frank a,a.O. Anm. III zu § 73; Schönke-Schröder, I zu § 73; Mezger, Lehrbuch, S.468; von Hippel S. 520; Kohlrausch-Lange, Anm. II zu § 73; Jagusch in LK Anm. 3 b zu § 73; vgl. auch die bei Allfeld S. 233 Anm. 6 angegebene Literatur.
456) Deliktseinheit nimmt auch Allfeld S.233 an, während er im übrigen aber in der Idealkonkurrenz Deliktsmehrheit, und nicht Deliktseinheit sieht. 457) vgl. den Hinweis bei Frank a.a.O.; so auch Allfeld S.232 Anm.2; zutreffend auch Jescheck ZStW 67,529, gegen ihn mit unzutreffender Begründung Schönke-Schröder I zu § 73; 458) BGH NJW 1954,1209; Mezger, Lehrbuch S.464; Kohlrausch-Lange, Vorbemerkungen II b vor § 73, wenn sie bei der Verletzung höchstpersönlicher

konkreten Erfolges für die Beurteilung der Frage nach der Zahl der begangenen Delikte.Der Erfolg erlangt damit nur eine Art "indizierende" Funktion,indem er angibt,d a ß die Eigentumsordnung,die Sachgüterordnung,verletzt worden ist.Die Zahl der begangenen Delikte hängt daher nicht von der Zahl der verletzten Rechte oder Güter des einzelnen ab,sondern davon,wie oft die Eigentumsordnung,die Sachgüterordnung,das heißt d a s Vermögen, d a s Eigentum als Güter der Allgemeinheit verletzt wurden.Wie oft das der Fall war,richtet sich nach der Zahl der Handlungen.Denn das Wesen der strafrechtlichen Unrechtsverwirklichung ist nicht Rechtsverletzung,das heißt Verletzung von Rechten bestimmter Einzelpersonen,sondern ist Rechtsgutsverletzung, wie vorwiegend neben der Normwidrigkeit angenommen wird.[459] In allen Fällen der Verletzung von Sachgütern verschiedener Personen wird durch eine einzige Handlung immer nur dasselbe Rechtsgut verletzt,das ein Gut der Allgemeinheit ist.

Grundsätzliche Abweichungen bestehen auch nicht bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter.Hier baut das Unrecht auf der Persönlichkeit und der in ihr wurzelnden Werte auf.Sicherlich handelt es sich,worauf Welzel [460] zutreffend hinweist,auch bei den Persönlichkeitsgütern mittelbar auch um Güter der Allgemeinheit,aber der Unrechtsgehalt einer gegen die Persönlichkeitsgüter mehrerer Personen gerichteten Tat ist ein mehrfacher.Die Gründe,die hier die Annahme einer Deliktseinheit ausschließen,sind dieselben,die auch die Annahme einer fortgesetzten Handlung verhindern.Aber wenn sich die Handlungen gegen die Persönlichkeitsgüter derselben Person richten,dann fehlen diese Hinderungsgründe,so daß,generell,gesagt auch bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter nicht die Zahl der konkreten Erfolge über die Zahl der begangenen Delikte entscheidet,sondern letztlich die Zahl der verletzten Personen.Ein Täter,der sich mehrfach unzüchtig an demselben Kind mit Gesamtvorsatz in derselben Weise vergeht,begeht e i n Delikt,[461] wenn er dasselbe mit drei Kindern tut,

---

Rechtsgüter nicht Gleichartigkeit,sondern Gleichheit des verletzten Rechtsguts fordern; ebenso Schönke-Schröder, Vorbemerkungen III vor § 73; Mezger StuB I S.259 (9.Aufl.); ausdrücklich Jagusch in LK Vorbemerkung B III 2 bb vor § 73; vgl auch Welzel,Strafrecht,6.Aufl. S.191. 459) Bin-

begeht er drei Delikte.[462]

3) Die entscheidende Frage ist nunmehr die,ob das nicht im zivilrechtlichen Deliktsrecht das gleiche ist,ob nicht auch dort die Zahl der Unrechtsverwirklichungen unabhängig von der Zahl der konkreten Erfolge,das heißt von der Zahl der verletzten subjektiven Rechte ist.Auf den ersten Blick erscheint diese Annahme absurd mit Rücksicht darauf,daß im Zivilrecht jedenfalls so viele Rechtsfolgen bestehen, wie Rechte verletzt worden sind.Aber das ist nicht ausschlaggebend.Daran,daß im Zivilrecht so viele Rechtsfolgen bestehen, wie Rechte verletzt worden sind,kann kein Zweifel bestehen. Daraus folgt jedoch nur,daß auch so viele einen Schadensersatzanspruch auslösende Tatbestände zivilrechtlicher Art gegeben sind,wie Rechtsfolgen bestehen.Die Zahl der zivilrechtlichen Tatbestände,die einen Schadensersatzanspruch auslösen,ist aber nicht notwendig identisch mit der Zahl der begangenen Delikte.Jene wird bestimmt durch die Zahl der äußerlich feststellbaren Einwirkungen,diese durch die Zahl oder das Maß der vom konkreten Erfolg unabhängigen Un - rechtsverwirklichungen.Der richtige Schluß aus der Tatsache, daß im Zivilrecht sich die Zahl der Rechtsfolgen nach der Zahl der verletzten Rechte richtet,ist vielmehr der,daß es dort überhaupt nicht auf Art,Umfang oder Zahl der Unrechtsverwirklichungen ankommt.Dort ist nur entscheidend,wieviele subjektive Rechte unter einem irgendwie gearteten Verstoß gegen Verhaltensnormen des objektiven Rechts verletzt worden sind.Ob dieser Verstoß ein Mord oder ein Diebstahl,ein versuchtes vorsätzliches oder vollendetes,ein privilegiertes oder qualifiziertes,ein einfaches oder mehrfaches Delikt war und ob es durch eine oder mehrere Handlungen begangen worden ist,das alles sind Umstände,die im zivilrechtlichen Deliktsrecht unerheblich sind.

---

ding Normen I S. 338 ff mit Nachweisen; Schönke-Schröder,Vorbemerkungen II a zum Allgemeinen Teil; Mezger,Lehrbuch S. 200. 460) Strafrecht S. 191. 461) NJW 1954,1209,ein Fall, der vom BGH entschieden wurde. 462) so übereinstimmend Lehre und Rechtsprechung,zum Beispiel Kohlrausch-Lange,Vorbemerkungen II b vor § 73; Schönke-Schröder,Vorbemerkungen III vor § 73; Mezger StuB I S. 260 und andere.

4) Und damit ergibt sich der entscheidende Unterschied zwischen den straf- und den zivilrechtlichen Tatbeständen. Er liegt nicht,wie Lent meint,[463] darin,daß das Strafrecht die Zahl der Tatbestände nach der Zahl der Handlungen bemißt, weil die Betätigung des verbrecherischen Willens bestraft wird, während das Zivilrecht zur Handlung noch die Schädigung heranzieht,weil es ihm auf den Ausgleich ankommt und die Betätigung bei Handlungseinheit nur eine einfache ist, wohingegen der Schaden ein mehrfacher sein kann. Lent verwechselt mit dieser Auffassung den Schaden mit dem Verletzungserfolg, das heißt dem Verletztsein des subjektiven Rechts.Der Schaden ist zwar auch ein Tatbestandsmerkmal des schadensersatzbegründenden Tatbestandes des § 823 BGB, aber er ist kein Tatbestandsmerkmal der unerlaubten Handlung selbst. [464] Zum anderen wird die Auffassung Lents, daß das Delikt Handlung sei,von der überwiegenden Meinung gerade nicht geteilt. [465] Der Unterschied liegt vielmehr darin,daß die Strafe allein und ausschließlich Unrechtsfolge,das strafbare Delikt also allein und ausschließlich Unrechtsverwirklichung ist,während der Schadensersatzanspruch nicht ausschließlich Unrechtsfolge,sondern Rechtsfolge der Verletzung eines subjektiven Rechts zuzüglich eines Schadens ist,wenn die Ursache der Verletzung als Verstoß oder zumindest als Teil eines Verstoßes gegen Verhaltensnormen des objektiven Rechts qualifiziert wird.

Daraus ergibt sich: Die Frage,wieviele Delikte begangen worden sind, kann nur in Straf- und Zivilrecht einheitlich beantwortet werden,weil es sich in beiden Rechtsgebieten um Unrechtsverwirklichung handelt und das,was eine Verletzung des objektiven Rechts darstellt,nur einheitlich beurteilt werden kann,gleichgültig,ob die Verbotsnorm im Einzelfalle dem Straf- oder dem Zivilrecht angehört. Danach würde auch unter zivilrechtlichem Aspekt jemand,der eine Kassette gestohlen hat,in der sich drei verschiedenen

---

463) Gesetzeskonkurrenz S.107 ff. 464) Neumann-Duesberg NJW 1955,696; May NJW 1958,1262; anderer Ansicht ohne nähere Auseinandersetzung mit Gegenmeinungen Reiff NJW 1958,1174. Daß der Schaden kein Tatbestandsmerkmal der unerlaubten Handlung selbst ist,geht auch daraus hervor,daß übereinstimmend angenommen wird,der Vorsatz brauche sich nicht auf den Schaden zu erstrecken. 465) vgl. oben Anm.450.

Personen gehörende Ringe befanden,nur ein einziges Diebstahlsdelikt begangen haben,wenn auch drei gesonderte Schadensersatzansprüche bestehen. Und wenn jemand als Hehler zwei verschiedenen Personen gestohlene Fahrräder durch eine einzige Handlung ankauft,so liegt nur ein einziges Hehlereidelikt vor,obwohl zwei selbständige Schadensersatzansprüche bestehen; daran ändert sich auch nichts,wenn die beiden Fahrräder einer und derselben Person gehört hätten, auch hier würde nur e i n Delikt gegeben sein,es würden aber zwei Ansprüche bestehen.Aber die Zivilrechtsordnung knüpft an diese Unrechtsverwirklichung allein nicht die Rechtsfolge.Ebenso wie die Verursachung eines irgendwie gearteten Schadens für sich allein nicht ausreicht,einen Schadensersatzanspruch zu begründen,genügt auf der Hand - lungsseite nicht allein die Unrechtsverwirklichung in Form eines Verstoßes gegen eine Verhaltensnorm des objektiven Rechts. Der Schaden legt zwar auf der Passivseite den ausgleichungsbedürftigen Zustand fest, sagt aber nichts darüber aus,wer den Schaden ausgleichen muß,warum er ausgeglichen werden muß und wer ihn geltendmachen kann. Der Verstoß gegen das objektive Recht qualifiziert die Ursache eines Schadens zwar als Unrecht und gibt damit an, wen die nachteilige Rechtsfolge trifft.Aber weder mit dem Element des Schadens noch mit dem der Unrechtsverwirklichung ist fest - gelegt,wem der Schadensersatzanspruch zusteht.Wenn A den Sänger B verletzt,so daß dieser am Abend nicht auftreten kann,wodurch dem Veranstalter ein Schaden entsteht,so kann kein Zweifel sein,daß dem Veranstalter nach geltendem Recht ein Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger unmittelbar nicht zusteht,obwohl dieser eine unerlaubte Handlung im Sinne einer Unrechtsverwirklichung begangen hat und dem Veranstalter auch ein Schaden entstanden ist.Das beruht darauf, daß nach geltendem Recht nur der unmittelbare Schaden er - setzt wird.Das erklärt im Grunde nichts,sondern macht nur offenbar,daß zwischen der Unrechtsverwirklichung und dem Schaden noch ein weiteres den Schadensersatzanspruch be - gründendes Element vorhanden sein muß,das bewirkt,daß der, gegen den die Handlung sich gerichtet hat,der Begünstigte sein soll.Dieses Element ist das verletzte Rechtsgut des

einzelnen,das immer in einem subjektiven Recht des einzelnen besteht. [466] Die Beeinträchtigung des subjektiven Rechts ist der Rechtsgrund für das Entstehen des Anspruchs, weil der Rechtsinhaber den Eingriff nicht zu dulden brauchte,ihn aber nicht rechtzeitig abwehren konnte.Daß Unrechtsverwirklichung und Verletzung des subjektiven Rechts nicht dasselbe sind,ist eingehend dargelegt worden; [467] dies folgt insbesondere aus der Erkenntnis,daß nicht jede Rechtsverletzung eine unerlaubte Handlung und umgekehrt nicht jede unerlaubte Handlung auch eine Verletzung des subjektiven Rechts ist.

Die zivilrechtliche Rechtsfolge der Schadensersatzverbindlichkeit knüpft also an die reine Tatsache der Rechtsminderung,an die festgestellte Beeinträchtigung des subjektiven Rechts,an, allerdings nur, wenn der so bestehende Zustand die Folge einer irgendwie gearteten Unrechtsverwirklichung ist. Das bedeutet,daß die Frage der Art und des Umfangs der Unrechtsverwirklichung überhaupt nur in dem von den rechtserheblichen Tatsachen der Rechtsminderung und deren Ursache gesteckten Rahmen geprüft werden kann,dort aber für sich allein unbeachtlich ist. Wenn ein Schadensersatzanspruch aus einer bestimmten äußerlich feststellbaren Ein - wirkung auf das subjektive Recht geltendgemacht werden soll, so ist der zivilrechtliche Tatbestand durch diese äußere Tatsache der Rechtsminderung von vornherein festgelegt; es ist dann nur noch Raum für die Prüfung,ob das Verhalten als Ursache der eingetretenen Rechtsminderung auch Teil einer irgendwie gearteten Unrechtsverwirklichung ist.Dabei kommt es nicht auf den Unrechtsgehalt oder den Unrechtsumfang an. Demgemäß ist auch unbeachtlich,ob eine eingetretene Rechtsminderung durch e i n e Handlung oder durch m e h r e - r e Handlungen herbeigeführt worden ist,desgleichen auch, ob mehrere Handlungen möglicherweise zu einer rechtlichen Handlungseinheit zusammengefaßt werden dürfen.Eine solche Zusammenfassung würde immer nur dazu führen, daß die Zahl der Rechtsfolgen sich nach der Zahl der zivilrechtli -

---

466) vgl. oben S. 123 ff. 467) vgl. oben S. 123 ff.

chen Tatbestände,diese sich aber allein nach der Zahl der äußerlich feststellbaren Einwirkungen richten.Dabei kann es nicht ausschlaggebend sein,daß die mehreren verletzten Rechte einer und derselben Person oder verschiedenen Personen zustehen.

Und letztlich kann das auch gar nicht anders sein, wenn man nicht bei den Rechtsfolgen in Schwierigkeit geraten will.Wenn A durch eine einzige Handlung den PKW des B mitsamt Inhalt gestohlen hat,dann liegen so viele Rechtsgeverletzungen vor,wie Gegenstände vorhanden waren,oder genauer wie Rechte an den einzelnen Gegenständen verletzt worden sind.So viele Rechtsverletzungen vorliegen,so viele Rechtsfolgen bestehen auch,ohne daß dieser Fall Anlaß dazu bieten würde anzunehmen,es liege ein 200- oder 300-facher Diebstahl vor.Hier ist es nicht zulässig anzunehmen,weil nur e i n Diebstahl vorliegt mit einem Gesamterfolg, komme auch nur ein einziger Gesamtanspruch in Betracht. Hier sind Eigentumsrechte verletzt worden,diese bestehen nicht an der Sachgesamtheit,an der Gesamtheit der gestohlenen Sachen,sondern an sämtlichen Einzelgegenständen.Das übersieht die Lehre,die den Begriff der fortgesetzten Handlung in das Zivilrecht übernehmen will.Denn man bedenke,wohin die Annahme eines Gesamtanspruchs führen würde, wenn der Eigentümer hinsichtlich einiger der gestohlenen Gegenstände versichert gewesen wäre,etwa nur gegen Kraftfahrzeugdiebstahl.Hier geht der Anspruch gegen den Dieb nur insoweit auf die Versicherung über,als sie Ersatz leistet,im übrigen verbleiben die Ansprüche beim Eigentümer. Die Annahme eines einzigen Anspruchs verbietet sich hier.

IX. Damit beantwortet sich die gestellte Frage von selbst: Der Begriff der fortgesetzten Handlung ist im Deliktsrecht nicht anwendbar,weil kein Bedürfnis dafür besteht.Seine Anwendung würde über den Weg einer Handlungseinheit immer nur zu einer Deliktseinheit,nicht aber zu einer zivilrechtlichen Tatbestandseinheit führen.Die Frage, ob der Täter ein Delikt oder mehrere begangen hat,ist im Zivilrecht unbeachtlich,weil die Zahl der schadensersatzbegründenden Tatbestände sich nicht nach der Zahl der begangenen Delikte,sondern nach der Zahl der einzelnen äußer-

lich feststellbaren Einwirkungen auf das subjektive Recht des Geschädigten richtet.Ob im Einzelfalle von e i n e r Beeinträchtigung und e i n e r Rechtsminderung gesprochen werden kann mit der Folge nur e i n e s Anspruchs, hängt nicht davon ab,ob die fortgesetzte Handlung angewendet werden kann,sondern davon,ob sich die Rechtsbeeinträchtigungen imEinzelfalle gegeneinander abgrenzen lassen oder eine Einheit bilden.Das aber ist Tatfrage und hat mit der Frage,ob der Täter e i n Delikt oder mehrere Delikte begangen hat,nichts zu tun.

Das steht auch in Übereinstimmung mit den Fällen der Gefährdungshaftung.Die Schadensersatzpflicht knüpft hier nicht an Rechtsverletzungen an,die durch Unrechtsverwirklichung herbeigeführt worden sind,sondern nur an die Tatsache der Rechtsminderung beim Betriebe eines Kraftfahrzeugs zum Beispiel.Da die Handlung und damit auch das Unrecht völlig aus der Betrachtung ausscheidet,die Schadensersatzpflicht also auch keine Unrechtsfolge ist,[467] wird hier ebenfalls offenbar,daß alleiniges Individualisierungsmerkmal der einzelnen zivilrechtlichen Ersatztatbestände nur die Tatsache der Rechtsminderung selbst ist.Entscheidend ist nicht,wie oft das Kraftfahrzeug in Betrieb gesetzt worden ist,sondern wieviele Rechte im Einzelfalle beim Betriebe verletzt worden sind.

Die Lehre,die den Begriff der fortgesetzten Handlung in das Zivilrecht einführen will,geht von einer unrichtigen Auffassung des Deliktsbegriffs aus und übersieht demgemäß, daß man zwischen dem Begehen eines Delikts im Sinne der Unrechtsverwirklichung und dem zivilrechtlichen Ersatztatbestand im Sinne der Summe aller Anspruchsvoraussetzungen unterscheiden muß.Sie ist daher abzulehnen.

Damit ergibt sich,daß mit jeder Verletzung des subjektiven Rechts eine eigne Verjährungsfrist zu laufen beginnt.Etwas anderes gilt auch nicht für den Gerichtsstand und das anzuwendende Recht,§ 32 ZPO,Art.12 EGBGB.Die zu § 32 ZPO ergangene gegenteilige Entscheidung des Großen Zivilsenats des Reichsgerichts [468] geht von unrichtigen Voraussetzungen aus,wenn sie die Anwendbarkeit der straf-

467) Oben S. 76 Anm. 314. 468) RGZ 72,43.

rechtlichen Grundsätze über das fortgesetzte Delikt im wesentlichen aus der wörtlichen Übereinstimmung des § 32 ZPO mit § 7 StPO herleitet.Man kann die Frage der Anwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung nicht für das materielle und prozessuale Recht verschieden beurteilen. Der Begriff ist ein solcher des materiellen Rechts. Folglich kann die Frage der Anwendbarkeit dieses Begriffs nur vom materiellen Recht her entschieden werden. § 32 ZPO geht nicht von einem eigenen prozessualen Tatbestand der unerlaubten Handlung aus,sondern von dem des bürgerlichen Rechts.Dieser aber bietet keine Möglichkeit für die Anwendung der fortgesetzten Handlung.Auch § 32 ZPO begründet nicht ein eigenes Bedürfnis für ihre Anwendung,weil die Frage des Ausmaßes der Unrechtsverwirklichung auch für den Gerichtsstand keine selbständige Bedeutung besitzt, sondern nur im Rahmen der geltendgemachten Rechtsfolge und damit im Rahmen des zivilrechtlichen den Schadensersatzanspruch begründenden Tatbestandes von Bedeutung ist.Ge - genstand einer Klage aus unerlaubter Handlung ist in Fällen,in denen mehrere Schäden durch mehrere Rechtsverletzungen entstanden sind,die Geltendmachung mehrerer Rechtsfolgen des materiellen Rechts.Diese sind nicht wie im Strafrecht ausschließlich Unrechtsfolge,sondern Folgen von Rechtsverletzungen und Schaden.Wenn die Verletzung des subjektiven Rechts das alleinige Individualisierungsmerkmal des zivilrechtlichen Tatbestandes ist und jede äußerlich feststellbare Einwirkung also einen Tatbestand für sich begründet,so hat das Begehen des Delikts auch hier nur die Bedeutung,daß es die Ursache der im Einzelfalle festgestellten Einwirkung auch als eine solche im Rechtssinne qualifiziert.Daher muß für jede Rechtsfolge gesondert geprüft werden,wo d i e Unrechtsverwirklichung stattgefunden hat,die die Ursache für d i e s e Rechtsverletzung gewesen ist,an die das Recht d i e s e spezielle Rechtsfolge knüpft.Tritt die eine Rechtsverletzung in Stuttgart ein,während die Ursache dafür in München gesetzt worden ist,die andere Rechtsverletzung in Berlin,während die Ursache in Ulm gesetzt worden ist,so bestehen auch dann in Ulm und München besondere Gerichtsstände,wenn zwischen der

Handlung in Ulm und der in München Fortsetzungszusammenhang angenommen werden würde.In welchem inneren Zusammenhang die Handlungen untereinander gestanden haben,ist im Zivilrecht unbeachtlich.Und das sind auch die eigentlichen Gründe,die den Bundesgerichtshof [469] veranlaßt haben, in dem entschiedenen Fall der Teilnahme an Volkswagenverkäufen die fortgesetzte Handlung abzulehnen; die Entscheidung beruht auf der Erwägung,daß jemand nur dann für einen Schaden aufzukommen habe,wenn er diesen auch verursacht habe,während die Unrechtsverwirklichung nur die Bedeutung hat,daß mit ihr die Ursache auch als solche im Rechtssinne qualifiziert wird.Das gleiche gilt für § 32 ZPO: nur dort ist der Gerichtsstand gegeben,wo die Ursache d i e s e s Schadens gesetzt worden ist,während die Unrechtsverwirklichung nur die Bedeutung hat,daß mit ihr die Ursache auch als solche im Rechtssinne qualifiziert wird.

Im übrigen ist auch,das soll nur am Rande erwähnt werden,kein prozessuales Bedürfnis für die Annahme einer fortgesetzten Handlung ersichtlich.Der Sinn des § 32 ZPO liegt darin,gegenüber dem allgemeinen Gerichtsstand einen besonderen zu schaffen,weil am Tatort eine bessere Sachaufklärung und Beweiserhebung gewährleistet ist.Der rechtspolitische Grund besteht nicht darin,dem Kläger die Rechtsverfolgung zu erleichtern.[470] Sicherlich mag bei dem Gedanken der besseren Sachaufklärung auch der Gedanke mitgespielt haben,daß der deliktische Täter sich gefallen lassen müsse,vor das Gericht des Tatortes zitiert zu werden.In den meisten Fällen würde bei Annahme einer fortgesetzten Handlung im Zivilrecht dieser Sinn des § 32 ZPO in sein Gegenteil verkehrt werden,weil mitunter der größte Teil der Handlungen gerade nicht am Ort selbst stattgefunden hat. Auch Salinger [471] hat sich gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts ausgesprochen.

Letztlich braucht nur noch darauf hingewiesen zu werden,daß dieselben Gründe auch die Annahme einer fortgesetzten Handlung im Rahmen des Art. 12 EGBGB ausschließen.Das Ergebnis der Untersuchung ist daher: der Begriff der fortgesetzten Handlung ist im Deliktsrecht nicht anwendbar.

---

469) NJW 1954,1033. 470) OLG Kiel Schl.Holst.Anz.46,502;

Gleiches gilt auch für das Gebiet des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts,wo dieselben Voraussetzungen bestehen.

Abschnitt D
10.Kapitel

Die fortgesetzte Handlung im Recht der Vertragsstrafe

Im Rahmen eines Schuldverhältnisses können die Par - teien die Erfüllung einer Verbindlichkeit dadurch sichern, daß der Schuldner dem Gläubiger die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder überhaupt eine Leistung als Strafe für den Fall verspricht,daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig erfüllt.Besteht die geschuldete Leistung in einer Unterlassung,so tritt die Verwirkung der Strafe mit der Zuwiderhandlung ein,§ 339 Satz 2 BGB.Damit ergibt sich die Frage,nach welchen Gesichtspunkten zu beurteilen ist, wann mehrere Zuwiderhandlungen vorliegen,die mehrere Vertragsstrafen auslösen,und wann nur eine einzige Zuwider - handlung mit der Folge nur einer einzigen Vertragsstrafe gegeben ist.

Nicht zuletzt die Bezeichnung Vertrags- "strafe" legt es nahe,an strafrechtliche Grundsätze anzuknüpfen,zumal da der Ausgangspunkt im Strafrecht wie im Zivilrecht derselbe zu sein scheint.Offenbar von dieser Erwägung ausgehend,hat der Bundesgerichtshof [471] die Grundsätze über die fortgesetzte Handlung auf die Vertragsstrafe für anwendbar er - klärt.Hiergegen erheben sich aber Bedenken.Einmal setzt die Verwirkung der Vertragsstrafe nach einer verbreiteten,insbesondere von der Rechtsprechung vertretenen Meinung bei einer Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht kein Verschulden voraus. [472] Wollte man den Begriff der fort - gesetzten Handlung also einführen,so wäre der Richter im

471) LM zu § 339 BGB. 472) so Mot. II S.278 und die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts,zum Beispiel: RGZ 55,78; 95,202; 147,232; JW 1903 Beilage S.91; 1911 S.38 Nr. 18; 1912,582; 1915,444; Recht 1924 Nr. 1216; Warn. 1913 Nr. 311; 1915 Nr.105; allerdings wird anerkannt,daß § 242 BGB mitunter hilft, RGZ 79,36; 147,233; ebenso Esser,Schuld - recht S.293 f; ebenso wie das Reichsgericht auch RGRKommentar Anm.1 zu § 339.

Einzelfalle genötigt,Ermittlungen über die subjektive Tatseite anzustellen,obwohl es auf diese überhaupt nicht ankommt.Aber auch wenn man der Gegenmeinung folgte,die für die Verwirkung der Vertragstrafe fordert,daß der Schuldner sie zu vertreten habe, [473] wäre das nicht anders; denn danach würde in jedem Falle Fahrlässigkeit genügen.Nimmt man mit der im Strafrecht herrschenden Meinung [474] an,daß wegen des Erfordernisses eines Gesamtvorsatzes eine fortgesetzte Handlung in fahrlässiger Begehungsform nicht möglich ist,so müßte der Richter immer prüfen,ob Gesamtvorsatz vorlag,obwohl Fahrlässigkeit genügt.Weiter würde die Annahme einer fortgesetzten Handlung auch im Recht der Vertragsstrafe nicht dazu führen,daß bei einem Verstoß gegen mehrere Unterlassungspflichten nur e i n e Strafe verwirkt wäre.Vielmehr würden so viele Strafen verwirkt sein, wie Unterlassungspflichten verletzt worden sind,und zwar auch dann,wenn die einzelnen Pflichten nicht nur verschiedenen Gläubigern gegenüber bestanden,sondern auch dann, wenn sie demselben Gläubiger gegenüber oblagen.Das von der herrschenden Meinung im Strafrecht für die fortgesetzte Handlung aufgestellte Erfordernis der Gleichheit des verletzten Rechtsguts müßte für die Vertragsstrafe erheblich eingeschränkt werden; das gleiche gilt auch für das Erfordernis der Gleichartigkeit der Begehungsakte.

Aber alle diese Bedenken sind ebenso wie im Deliktsrecht ungeeignet,einen schlüssigen Beweis gegen die Anwendbarkeit der fortgesetzten Handlung zu erbringen.Man brauchte nur die Voraussetzungen enger zu fassen und sie den Besonderheiten der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner anzugleichen. Entscheidend gegen die Anwendbarkeit des Begriffs der fortgesetzten Handlung

---

473) Palandt-Danckelmann,Anm.3 zu § 339; Erman-Westermann, Anm.3 zu § 339; Blomeyer,Allgemeines Schuldrecht,2.Aufl.S. 228; Larenz,Schuldrecht I (1960) S.240; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht,15.Aufl. S.161 und die dort Anm.6 angegebene Literatur; Schlegelberger,HGB,3.Aufl. Erl.1 zu § 348 und die dort angegebene Literatur; Schlegelberger-Vogels-Hornig BGB Anm. 11 zu § 339;Staudinger - **Werner** , Anm. 3c zu § 339. Allerdings kein Verschulden erforderlich,wenn Garantieübernahme,Lehmann a.a.O. und Schlegelberger a.a.O.

474) oben S.10.

spricht jedoch folgendes: Die Vertragsstrafe ist keine Rechtsstrafe.Sie ist auch kein der Rechtsstrafe ähnliches Gebilde.Denn eine echte Rechtsstrafe zeichnet sich dadurch aus,daß sie für ein begangenes Unrecht verhängt wird.Die Vertragsstrafe wird weder verhängt,noch wird sie für ein begangenes Unrecht verhängt.Die Verhängung setzt ein Subordinationsverhältnis voraus.Die Vertragsstrafe wird aber vereinbart.Sie ist deshalb auch nicht die Rechtsfolge einer Unrechtsverwirklichung.Das Unrecht braucht nicht krimineller Art zu sein,es muß aber ein solches im Sinne der Verwirklichung eines Verbotstatbestandes,im Sinne des Verstoßes gegen eine gesetzliche Verhaltensnorm sein.Eine gesetzliche Verhaltensnorm besteht aber im Falle der Vertragsstrafe nicht.Man kann eine solche auch nicht in dem allgemeinen Rechtsgebot sehen "pacta sunt servanda" . Die Vertragsstrafe ist nicht die Rechtsfolge einer solchen Verhaltensnorm,sie ist die unmittelbare Rechtsfolge aus dem Strafversprechen,sie ist eine vertraglich bedungene Leistung,die nicht ihre Rechtsgrundlage in der Verletzung der Hauptverbindlichkeit,sondern allein in dem Vertrage hat,in dem sich der Schuldner zur Zahlung der Strafe verpflichtet hat.Die Strafe ist also eine vertraglich geschuldete Leistung,die allerdings von einem Bedingungseintritt abhängig ist.Die Bedingung ist die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit.Damit ist klar unterschieden zwischen den Rechtsfolgen,die sich aus einer Verletzung des Forderungsrechts selbst ergeben,wie Schadensersatz wegen Nichterfüllung,die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben,und solchen Leistungen,die selbständig Gegenstand einer Leistungsverpflichtung sind,wie die Vertragsstrafe.

Daraus folgt: der Anspruch auf die Vertragsstrafe entsteht in dem Augenblick,in dem die Bedingung eintritt, das heißt in dem Augenblick,in dem der Schuldner seiner Unterlassungsverpflichtung nicht nachkommt und die zu unterlassende Handlung doch vornimmt.Die Frage,ob nach erstmaliger Verwirkung der Vertragsstrafe bei erneuter Zuwiderhandlung eine weitere Vertragsstrafe verwirkt ist, richtet sich nicht danach,unter welchen Voraussetzungen man eine fortgesetzte Zuwiderhandlung annehmen kann,das

heißt, ob objektiv die nächste Zuwiderhandlung innerlich und äußerlich als Fortsetzung der ersten Zuwiderhandlung erscheint, sondern danach, welcher lebensmäßige Tatbestand die Bedingung nach dem Vertragsinhalt sein soll, die die Verwirkung der Strafe eintreten lassen soll. Dabei sind zwei Möglichkeiten denkbar: entweder soll die Bedingung in der Tatsache des Zuwiderhandelns schlechthin bestehen, ohne daß es darauf ankäme, wie oft zuwidergehandelt wird, oder die Bedingung soll in jeder einzelnen Zuwiderhandlung bestehen. Im ersten Falle ist für die Anwendung des Begriffs der fortgesetzten Handlung überhaupt kein Raum, weil nach dem Parteiwillen ohnehin nur eine einzige Strafe verwirkt sein soll. Hier ist von den Parteien bewußt darauf verzichtet worden, das vertragswidrige Verhalten zu zergliedern und in einzelne abstrakte Tatbestände aufzuspalten. Wenn die einzelnen Handlungen aber unerheblich sind, dann ist es müßig, diese unter Anwendung einer Hilfskonstruktion wieder zu einer Handlungseinheit zusammenzufassen. Im zweiten Falle ist aber ebenfalls kein Raum dafür, mehrere begangene Zuwiderhandlungen zu einer Einheitshandlung zusammenzufassen, weil hier der Parteiwille ja gerade darauf gerichtet ist, für jeden einzelnen Fall eine Verwirkung der Strafe eintreten zu lassen. Wann ein Fall der Verwirkung vorliegt, kann aber nicht zweifelhaft sein, wenn man bedenkt, daß die fortgesetzte Handlung ja gerade darauf aufbaut, daß an sich mehrere Handlungen im natürlichen Sinne vorliegen. Eine Zusammenfassung mehrerer Zuwiderhandlungen in diesem Falle unter Anwendung des Begriffs der fortgesetzten Handlung würde auf eine Negierung des Parteiwillens hinauslaufen. Auf Grund der Vertragsfreiheit sind die Parteien aber berechtigt, Verträge beliebigen Inhalts zu schließen, solange sie sich im Rahmen des Rechts halten. Wenn sie vereinbaren, daß jede einzelne Handlung die Bedingung sein soll, an die die Strafe geknüpft ist, ist mit jedem weiteren Bedingungseintritt eine neue Strafe verwirkt, ohne daß es darauf ankäme, in welchem inneren und äußeren Zusammenhang die einzelnen Handlungen stehen. Denn hier fehlt von vornherein der eigentliche Grund für die fortgesetzte Handlung, daß jede weitere Unrechtsverwirklichung nicht neues Unrecht ist, son-

dern nur eine Erweiterung oder Vertiefung des bereits begangenen.

Das verkennt der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung. [475] Deswegen mußte er zu dem mehr als fragwürdig erscheinenden Hilfsmittel der fortgesetzten Handlung greifen. Hätte er bedacht, daß im Schuldrecht nur der Parteiwille darüber entscheidet, was geschuldet wird, so hätte es der Heranziehung strafrechtlicher Grundsätze überhaupt nicht bedurft. Angesichts der Möglichkeit des Gerichts, eine unangemessene Vertragsstrafe nach § 343 BGB herabzusetzen, ist im übrigen gerade d e n Billigkeitsgründen genügt worden, die im Strafrecht die Schaffung des Begriffs der fortgesetzten Handlung notwendig gemacht haben.

In einer neueren Entscheidung hat sich der Bundesgerichtshof [476] erneut mit dem Begriff der fortgesetzten Handlung im Recht der Vertragsstrafe beschäftigt und sich dahin ausgesprochen, daß der Zusammenfassung von echten Fortsetzungstaten, das heißt solchen, bei denen der Wille des Handelnden von vornherein den Gesamterfolg umfaßt und auf dessen "stoßweise" Verwirklichung durch andere gleichartige Einzelhandlungen gerichtet ist, [477] wie auch von Fällen gleichartiger fahrlässiger Taten, die unter wiederholter Außerachtlassung derselben Pflichtenlage begangen wurden, wie schließlich auch von schuldlos begangenen Handlungen, keine Bedenken entgegenstünden, wenn die Auslegung des Vertrages nach § 157 BGB dies gestatte. Der BGH meint, ebenso wie im Strafrecht entspreche die Schaffung einer Möglichkeit, einzelne Akte zu einer Einheit zusammenzufassen, einem unabweisbaren Bedürfnis; dem fahrlässig oder schuldlos Handelnden diese Vergünstigung zu versagen, bestehe umso weniger Anlaß, als beim Strafgedinge im Gegensatz zur öffentlichen Strafe das zu schützende Interesse des Gläubigers im Vordergrunde stehe, das von der Frage des Verschuldens nicht entscheidend berührt werde.

Mit dieser Entscheidung wird klargestellt, daß für die Zusammenfassung mehrerer Akte zu e i n e r Zuwiderhandlung allein der nach § 157 BGB auszulegende Vertrag und

---

475) Oben S. 138. 476) NJW 1960, 2332. 477) BGH GRUR 1957, 597 f.

damit der Wille der Parteien maßgebend ist.Wenn in dem Leitsatz zu dieser Entscheidung gesagt wird,der straf - rechtliche Begriff der fortgesetzten Handlung sei nicht schlechthin maßgebend,deshalb sei eine Zusammenfassung auch fahrlässig begangener Handlungen statthaft,so ist das sehr vorsichtig formuliert; denn in Wirklichkeit wird hier die Übernahme des Begriffs der fortgesetzten Handlung in das Recht der Vertragsstrafe abgelehnt.Es handelt sich hier nämlich nicht darum,daß die Handlungen,die vom Gesetz grundsätzlich als mehrere Unrechtstatbestände gewollt sind,zu einer einheitlichen Unrechtsverwirklichung mit Hilfe einer Fiktion zusammengefaßt werden,sondern darum,daß aus dem Vertrage der Wille der Parteien ermittelt wird,die Rechtsfolge der Vertragsstrafe allein an das Zuwiderhandeln schlechthin zu knüpfen,ohne daß man genötigt wäre,das einheitliche,aus mehreren Tätigkeitsakten und Handlungen im technischen Sinne bestehende Zuwiderhandeln in mehrere Handlungs-Unrechtstatbestände aufzuspalten.Im Strafrecht wissen wir,was der Gesetzgeber gemeint hat,wenn er das Unrecht in einzelne Tatbestände aufspaltet.Es bedarf dann mancher Hilfskonstruktion,diese Tatbestandsverwirklichungen im Falle eines Fortsetzungszusammenhangs zu einem einheitlichen Unrecht wieder zusammenzuschweißen.Im Zivilrecht wissen wir aber meist nicht,was die Parteien gewollt haben, ob Aufteilung des Unrechts in einzelne Handlungstatbestände oder nicht.Wenn sich der Wille aber ermitteln läßt,daß ersteres gewollt ist,dann ist es ausgeschlossen,mit Hilfe eines Kunstgriffes,sprich: Annahme einer fortgesetzten Handlung,diesen Parteiwillen in sein Gegenteil zu verkehren.Die Grenze wird dann lediglich durch die guten Sitten, durch Treu und Glauben,sowie durch die Herabsetzungsbefugnis des § 343 BGB gezogen.

Dieselben Grundsätze gelten auch für das im BGB nicht geregelte selbständige Strafgedinge oder Strafversprechen. Danach ist festzustellen,daß der Begriff der fortgesetzten Handlung auch im Recht der Vertragsstrafe nicht anwendbar ist.

11.Kapitel

Die fortgesetzte Handlung im Vereinsrecht

Die Satzungen von Vereinen,auch solche von Genossen - schaften enthalten meistens ausdrückliche Bestimmungen über bestimmte Pflichten der Mitglieder.Häufig begründet auch die Satzung das Recht des Vereins,über Mitglieder,die ihren mitgliedschaftlichen Pflichten zuwiderhandeln,Strafen zu verhängen.Diese reichen vom einfachen Verweis über Geld - strafen oder sonstige Nachteile bis zum Ausschluß des Mitglieds aus dem Verein.Verhängt werden diese Strafen von dem in der Satzung ausdrücklich bestimmten Vereinsorgan,das wird meistens der Vorstand,ein besonders gebildeter Aus - schuß oder ein Ehrengericht sein.

Verstößt ein Vereinsmitglied mehrfach gegen mitgliedschaftliche Pflichten,für deren Verletzung die Satzung die Verhängung von Strafen,besonders von Geldstrafen vorsieht, so erhebt sich auch hier die Frage,wie die einzelnen Verstöße gegeneinander abzugrenzen sind,weil davon abhängt, ob eine oder mehrere Strafen auszuwerfen sind.Dabei liegt nahe,an die strafrechtlichen Grundsätze über Einheit und Mehrheit von Handlungen und Delikten anzuknüpfen.Ob das zulässig ist,wird in erster Linie davon abhängen,welcher Rechtsnatur diese vom Verein verhängte Strafen sind,ob sie Vertragsstrafen im Sinne des § 339 BGB oder andere echte Rechtsstrafen sind.Wie gezeigt,sind strafrechtliche Grundsätze,insbesondere also auch der Begriff der fortgesetzten Handlung im Rahmen der zivilrechtlichen Vertragsstrafe nicht anwendbar.Ist die Rechtsnatur der Vereinsstrafe eine Vertragsstrafe,so könnte kaum ein Zweifel bestehen,daß dieselben Gründe,die der Annahme einer fortgesetzten Handlung im Rahmen der Vertragsstrafe entgegenstehen,auch die Berücksichtigung dieses strafrechtlichen Begriffs bei der Vereinsstrafe ausschließen.

Sowohl das unselbständige Strafversprechen des § 339 BGB als auch das im BGB selbst nicht geregelte selbständige Strafversprechen setzen einen zivilrechtlichen Vertrag voraus.Dies hat auch der Bundegerichtshof ausdrücklich

ausgesprochen. [478] An dieser Grundlage fehlt es jedoch im Vereinsstrafrecht.Denn die Satzung mit ihren Bestimmungen über die Pflichten der Mitglieder hat nicht,wie allerdings verschiedentlich angenommen wird, [479] den Charakter einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung,sondern die Eigenschaft einer objektiven Rechtsnorm für den Bereich des Vereins. Diese Meinung ist die herrschende. [480] Der Bundesgerichtshof [481] hat insbesondere ausgeführt: Sobald der Verein ins Leben getreten sei,gelte seine Satzung nicht mehr als Vertrag,sondern als seine Verfassung,der sich die Mitglieder unterworfen hätten und die für sie kraft Korporationsrechts gelte.Dieser Auffassung wird zu folgen sein,weil sich die Unterwerfung der Mitglieder unter die Vereinsgewalt jedenfalls aus der Vereinsautonomie befriedigender erklären läßt als aus der im Eintritt in den Verein gelegenen vertraglichen Unterwerfung unter die Satzung. [482] Demgemäß wird auch überwiegend die Auffassung vertreten,die Vereinsstrafe sei keine Vertragsstrafe,weil sie ihre Grundlage eben nicht in einem Vertrage,sondern in der Satzung habe. [483] Dem Verein kommt vielmehr eine selbständige Strafgewalt zu,der sich die Mitglieder mit ihrem Eintritt in den Verein unterworfen haben und die der Staat gelten läßt. [484] Diese Strafgewalt kann der Verein nach Maßgabe seiner Satzung durch seine Organe ausüben.

Allerdings kann auch einmal in der Satzung eines Vereins eine echte Strafvereinbarung enthalten sein,nämlich dann,wenn einzelne Vereinsmitglieder außer den mitgliedschaftlichen Pflichten noch andere Pflichten übernehmen, deren Erfüllung durch eine Vertragsstrafe gesichert wird. Hier handelt es sich um unselbständige Satzungsbestandteile, die an sich nicht in der Satzung selbst enthalten zu sein brauchten, um wirksam zu sein. [485] Dadurch,daß echte Strafvereinbarungen in die Satzung aufgenommen werden,

---

478) BGHZ 21,372 ff. 479) Enneccerus-Nipperdey,Allgemeiner Teil,15.Aufl. S.677 Anm.28.480) RGZ 165,143; Denecke in RGRKommentar,10.Aufl.,Erläuterungen 2 zu § 25; Soergel-Siebert,8.Aufl., Erläuterungen 2 zu § 25. 481) BGHZ 21, 372 ff mit weiteren umfangreichen Nachweisen. 482) Lehmann,Allgemeiner Teil des BGB,12.Aufl. S.423. 483) Staudinger-Coing,§ 25 Anm.7; Denecke in RGRKommentar Anm.4 zu § 25; Palandt-Danckelmann,Bemerkungen 1 vor § 339; Meyer-

werden sie nicht zu einer Vereinsstrafe.[486]

Ist die Vereinsstrafe selbst also keine Vertragsstrafe im Sinne des § 339 BGB, kann die Frage nach der Anwendbarkeit strafrechtlicher Grundsätze nur aus der Eigenart des Vereinsstrafrechts selbst beantwortet werden. Die Vereinsstrafe hat mit der echten Kriminalstrafe gemeinsam, daß sie im Rahmen eines Subordinationsverhältnisses verhängt wird, das jedenfalls im Verein durch die Unterwerfung des Mitglieds unter die Satzung entstanden ist. Sie hat auch mit der Kriminalstrafe gemeinsam, daß sie der Ahndung von Verstößen gegen Verhaltenspflichten dient. Sie enthält auch ein Unrechtsurteil und eine ethische Mißbilligung.[487] Wenn demgegenüber gesagt wird,[488] die Vereinsstrafe sei keine diskriminierende Strafe und enthalte kein Unwerturteil, sondern bedeute nur einen wirtschaftlichen Nachteil, eine privatrechtliche Sanktion, so ist das nur bedingt richtig. Denn auch die privatrechtliche Sanktion begründet jedenfalls innerhalb der Gruppe, innerhalb deren eine bestimmte Gruppenethik oder Gruppenmoral besteht, ein Unwerturteil und hat jedenfalls in der Gruppenanschauung auch diskriminierenden Charakter. Im Außenverhältnis braucht das nicht immer zuzutreffen, aber es geschieht, daß auch eine vom Verein über ein Mitglied verhängte Vereinsstrafe eine Wirkung über die Grenzen des Vereins hinaus entfalten kann.

Von der Ähnlichkeit der Vereinsstrafe mit der Kriminalstrafe ausgehend, meint Kalsbach,[489] daß man strafrechtliche Grundsätze auch auf die Verbands- oder Vereinsstrafe anwenden müsse. Dem aber widerspricht Meyer-Cording,[490] er weist darauf hin, daß die Verhältnisse im Strafrecht andere sind, und meint, man müsse das Vereinsstrafrecht in Parallele zum öffentlich-rechtlichen Disziplinarstrafrecht setzen. Mit der Aufgabe, die Disziplin im Gruppenkreis zu

---

Cording, Die Vereinsstrafe, Tübingen 1957 S.54; BGHZ 21,372. 484) BGHZ 21,372 ff. 485) BGHZ 21,372 ff. 486) Kisch, JW 1935,3495; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 37 I ; Erman-Westermann Anm.2 zu § 25. 487) Meyer-Cording a.a.O. S. 71 ff. 488) BGHZ 21,372 ff. 489) Verbandsstrafrecht, 1938 S 16,20. 490) a.a.O. S.72,74.

wahren,verbänden sich im Disziplinarstrafrecht der Strafzweck der Vergeltung als Sühne,der Generalprävention und der Spezialprävention.Diese Zwecke würden zwar auch im Strafrecht verfolgt,dort seien aber die Gewichte anders verteilt als im Disziplinarstrafrecht.Im Strafrecht sei die Strafe vor allem Vergeltung;dieser Zweck trete im Disziplinarstrafrecht hinter der General- und Spezialprävention zurück.Das gelte in gleichem Maße auch für das Vereinsstrafrecht.Weil das Disziplinarstrafrecht und das Vereinsstrafrecht hauptsächlich die Besserung und Erziehung des Beschuldigten und erst,falls eine Anpassung an die Gruppenmoral nicht möglich sei,den Ausschluß aus der Gruppe im Auge hätten,müßten sie notwendig eine Untersuchung der Gesamtpersönlichkeit des Täters vorsehen.So komme es,daß im Disziplinar- und Vereinsstrafrecht weit mehr als im Kriminalstrafrecht das Gesamtverhalten des Täters gewürdigt werde.Man könne deshalb davon absehen,die einzelne "strafbare Handlung" in ihre Bestandteile,wie Versuch,Anstiftung, usw. aufzuspalten und mit Begriffen wie vollendete,fortgesetzte Handlung usw. zu arbeiten.Auch das Problem des Zusammentreffens mehrerer Handlungen entfalle.Das werde vor allem auch dadurch bestätigt,daß im Disziplinarstrafrecht im Gegensatz zum Strafrecht nicht das Legalitäts-,sondern das Opportunitätsprinzip in Bezug auf die Verfolgung der mit Strafe bedrohten Handlung gelte.Die Bestrafung stehe dort ebenso wie im Vereinsstrafrecht im Ermessen der die Disziplinargewalt ausübenden Stelle.Auch spreche gegen die Anwendbarkeit strafrechtlicher Grundsätze und die Aufspaltung des gesamten mißbilligten Verhaltens die Tatsache, daß die Satzungen meistens nur oder überwiegend unbestimmte und ausfüllungsbedürftige Straftatbestände enthielten.

Diese Gesichtspunkte,so richtig sie sein mögen,geben keinen ausreichenden Grund her,die Anwendbarkeit straf - rechtlicher Grundsätze und Begriffe schlechthin zu ver - neinen.Auch im Strafrecht selbst tritt mitunter der Vergeltungsgedanke der Strafe hinter den Erziehungs- und Besserungsgedanken zurück,ohne daß man auf den Gedanken käme, die Anwendung allgemeiner strafrechtlicher Grundsätze zu verneinen.Mitunter unterliegt das strafbare Verhalten nicht

einmal einem ethischen Unwerturteil wie im Recht der Ordnungswidrigkeiten,wo sich das strafbare Unrecht in einem bloßen Ungehorsam gegen einen Verwaltungsbefehl oder eine Ordnungsnorm erschöpft. [491] Auch hier steht die Mißbilligung dieses Verstoßes im Vordergrunde,ohne daß man genötigt wäre,die Anwendung strafrechtlicher Grundsätze im Recht der Ordnungswidrigkeiten zu verneinen.[492]

Entscheidend ist in allen Fällen,worauf das Unrecht, an dessen Verwirklichung im Disziplinar- und Vereinsstrafrecht die Rechtsfolge anknüpft,aufbaut.Wenn man der Auffassung Meyer-Cordings folgte,so würde das bedeuten,daß das zur Beurteilung stehende Unrecht niemals in der konkreten Tat- oder Tatbestandsverwirlichung zu sehen wäre,sondern immer nur in einem Komplex vereins- oder disziplinarwidrigen Verhaltens.Das aber hätte zur Konsequenz,daß eine konkrete Tatbestandsverwirklichung niemals der Rechtsgrund für die Bestrafung sein könnte,sondern allenfalls ein Anlaß für die Bestrafung.Die einzelne Tat würde dieser Auffassung entsprechend nichts anderes als ein bloßes Indiz für ein vereinswidriges Verhalten darstellen.Das aber kann nicht einfach unterstellt werden,zumal dann nicht,wenn die Satzung ausreichende feste Tatbestände enthält und wenn aus ihr eindeutig hervorgeht,daß das Vereinsmitglied für eine bestimmte Tat bestraft werden soll.Ob das der Fall sein soll,kann sich nur aus der Satzung und aus dem darin zum Ausdruck kommenden Willen des Satzungsgebers ergeben.Einen solchen Willen wird man in der Regel dann anzunehmen haben, wenn die im Einzelfalle zu verhängende Strafe zugleich auch eine Art Schadensersatzfunktion haben soll oder wenn ihr vorwiegend eine Erzwingungsfunktion zukommt,wie das bei Strafen wäre,die eine Genossenschaft über ein Mitglied verhängen würde,das seiner Verpflichtung zur Milchablieferung an die Genossenschaft nicht nachkommt.

Bei der Prüfung,ob der Rechtsgrund für die Bestrafung die einzelne Tat oder nur die in ihr zum Ausdruck kommende Pflichtwidrigkeit,das heißt der in ihr zum Ausdruck kommende Verstoß gegen die Pflichten als Mitglied sein soll,wird allerdings die Tatsache ein Indiz bilden,ob die Straftat-

491) BGH GSSt NJW 1958,109. 492) BGH NJW 1959,252.

bestände eine genügende Konkretisierung erfahren haben oder nicht.Wenn nach dem Satzungswillen nur das vereinswidrige Verhalten schlechthin das strafwürdige Unrecht sein soll, so liegt immer nur e i n rechtserhebliches Verhalten vor, das Grundlage der Bestrafung ist.Hier ist kein Raum für eine Unterscheidung der verschiedenen Verhaltensweisen und demgemäß auch für eine Abgrenzung einzelner Tatbestände. Hier dann noch von einer fortgesetzten Handlung im strafrechtlichen Sinne zu sprechen,ist genauso ein müßiges Unterfangen wie bei der Vertragsstrafe.Denn ob eine oder mehrere Zuwiderhandlungen vorliegen,ist in diesen Fällen unbeachtlich.

Das Problem der Abgrenzung besteht aber sehr wohl bei Fällen,bei denen nach dem Satzungswillen das strafwürdige Unrecht nicht so sehr in dem als Komplex zu sehenden vereinswidrigen Verhalten,sondern in der einzelnen Tat liegt,das Unrecht also auf dem konkreten Erfolg aufbaut.Hier wird man in Übereinstimmung mit Kalsbach [493] durchaus die Anwendung strafrechtlicher Grundsätze ebenso zu erwägen haben wie im Rahmen der Bestrafung eines Schuldners nach § 890 ZPO.Die Anwendung des Begriffs der fortgesetzten Handlung erscheint aber in diesen Fällen ausgeschlossen,weil nach dem Satzungswillen hier gerade keine Zusammenfassung stattfinden soll,andernfalls hätte man es bei der Fassung der Satzungsbestimmung ja bei einem Tatbestand des "vereinswidrigen Verhaltens" belassen können,ohne straffe und bestimmte Sondertatbestände zu schaffen.Das Ergebnis der Untersuchung ist hier praktisch das gleiche wie bei der Vertragsstrafe: entscheidend dafür,ob das Zuwiderhandeln schlechthin oder jede einzelne Zuwiderhandlung bestraft werden soll,ist der Satzungswille ebenso,wie diese Frage bei der Vertragsstrafe der Parteiwille entscheidet.Darüberhinaus praktisch gegen den Partei- oder Satzungswillen eine Handlungseinheit zu konstruieren aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen,würde auf einen Eingriff in die Vertragsfreiheit bzw. die Vereinsautonomie hinauslaufen.Satzung und Vertrag sind für die Gerichte bindend,sofern sie sich im Rahmen des Rechts halten.Eine rechtsmißbräuchliche Hand-

493) a.a.O. S.16,20.

habung ist durch die allgemeinen Vorschriften,insbesondere dadurch ausgeschlossen,daß die Gerichte die Möglichkeit haben,Strafbeschlüsse auf Gesetz- , Sitten- oder Satzungswidrigkeit oder offenbare Unbilligkeit hin nachzuprüfen.[494)]

12.Kapitel

Zusammenfassung

Das Ergebnis der Untersuchung ist: Der strafrechtliche Begriff der fortgesetzten Handlung,der bewirkt,daß eine Reihe gleichartiger,gegen dasselbe Rechtsgut gerichteter und einem einheitlichen Vorsatz entspringender Handlungen wegen des unter ihnen bestehenden Zusammenhanges zu einer rechtlichen Handlungseinheit zusammengefaßt wird,ist im Zivilrecht nicht anwendbar.Für seine Anwendbarkeit besteht nicht nur kein Bedürfnis,seine Anwendung erscheint vielmehr sowohl im zivilrechtlichen Deliktsrecht als auch im Vereinsstrafrecht als auch im Recht der Vertragsstrafe aus dog - matischen Gründen ausgeschlossen.Der Begriff der fortge - setzten Handlung ist als ein solcher des objektiven Rechts untrennbar mit der Unrechtsverwirklichung in der Form des Verstoßes gegen Verhaltensnormen des objektiven Rechts verbunden.Sein Wesen liegt in der Zusammenfassung solcher Handlungen,die denselben Unrechtsgehalt haben und die das einmal begangene Unrecht nur vertieft haben.Daher ist für seine Anwendbarkeit überall dort kein Raum,wo das Wesen der Tatbestandserfüllung nicht oder nicht allein in einem Verstoß gegen die Verhaltensnormen des objektiven Rechts besteht.Entscheidend ist dabei nicht,ob die Tatbestandserfüllung "zivilrechtliches Unrecht" genannt wird, -das ist eine Sache der Terminologie, - entscheidend ist vielmehr, daß die Tatbestandserfüllung im Zivilrecht entweder überhaupt keinen Normenverstoß enthält oder sich zumindest nicht in einem solchen erschöpft.Damit haben die Erörte - rungen nicht nur Aufschluß gegeben über den Standort der fortgesetzten Handlung im Rechtssystem und die seiner Anwendung im Zivilrecht entgegenstehenden Umstände,sondern zugleich auch die Beziehungen beleuchtet,die zwischen dem

494) RGZ 147,14; 140,24; Lehmann,Allgemeiner Teil des BGB S. 435,der sogar volle Nachprüfung fordert,12.Aufl.

Inhalt einer allgemeinen durch eine Norm des objektiven Rechts begründeten Verhaltenspflicht und dem Inhalt einer besonderen durch das subjektive Recht bestimmten Pflicht bestehen,einen zivilrechtlich geschuldeten Erfolg,der auch - und hier besonders-in einem Unterlassen bestehen kann,herbeizuführen.Welches der geschuldete Leistungserfolg ist, bestimmt sich allein nach dem subjektiven Recht,dem Vertragsinhalt,dem Satzungsinhalt.Welches die mißbilligte Handlung ist,wird allein durch die Verhaltensnorm des objektiven Rechts bestimmt.Das beeinträchtigt nicht die Ordnungsfunktion des subjektiven,besonders des absoluten Rechts,wie ein Blick auf seinen negatorischen Schutz zeigt, aber es beseitigt die unrechtsbegründende Funktion des subjektiven Rechts.Und das kann nicht anders sein,wenn man nicht die Grenze zwischen Recht und Unrecht verwischen will. In einer Zeit,in der die Menschen immer näher zusammenrücken, in der ein modernes Leben ohne die ständige Gefährdung anderer gar nicht mehr möglich ist,kann der Wert oder Unwert einer menschlichen Verhaltensweise nicht am subjektiven Recht des einzelnen,sondern nur am objektiven Recht und dessen Verhaltensnormen gemessen werden,das umsomehr,als die Zivilrechtsordnung mit der Ausgestaltung einer reinen Erfolgshaftung in den Gefährdungstatbeständen das sonst haftungsbegründende Element der Unrechtsverwirklichung völlig aus den Haftungstatbeständen eliminiert.Wenn die Rechtsordnung in diesen Fällen lediglich Bewertungsnormen aufstellt und eine Haftung schon an die Tatsache der Verletzung eines subjektiven Rechts knüpft,ohne selbst eine Verhaltensnorm zu enthalten,so handelt es sich nicht um Haftung für Unrecht.Daraus kann aber nur geschlossen werden,daß die Rechtsordnung ein von der Unrechtsverwirklichung unabhängiges Erfolgshaftungssystem aufbaut,nicht aber,daß das bestehende Haftungssystem,das auf der Unrechtsverwirklichung aufbaut,ebenfalls erfolgsbezogen,das heißt von den Normen des objektiven Rechts in Bezug auf die Handlung unabhängig ist.Recht und Unrecht scheiden sich am Verhaltensverbot des objektiven Rechts,nicht am Verbietungsrecht des subjektiven Rechts.

L e b e n s l a u f

Ich, Peter K i l i a n , wurde am 15.Juli 1929 als Sohn des praktischen Arztes Dr.med.Curt Kilian und seiner Ehefrau Edith,geborene Weiß,in Dessau geboren.Nach dem Besuch der Grundschulen zu Dessau-Ziebigk und Dessau - Alten trat ich im Jahre 1940 in das humanistische Gymna - sium zu Dessau ein,wo ich im Jahre 1948 die Reifeprüfung bestand.Nach einem Studium der Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin und der Universität Münster legte ich am 11.Juli 1953 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm/ Westfalen die Erste Juri - stische Staatsprüfung ab. Den Vorbereitungsdienst leistete ich im Bezirk des Kammergerichts Berlin ab.Am 9.Oktober 1957 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt Berlin die Zweite Juristische Staatsprüfung.Am 16.Dezember 1957 trat ich in den Dienst des Landes Berlin ein und wurde am selben Tage zum Regierungsassessor ernannt.Am 1.März 1961 wurde ich unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum Regierungsrat ernannt.